UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

# LA DOCTRINE DE MANCINI

## Sur la Nationalité et son application au droit Egyptien

THÈSE POUR LE DOCTORAT

**Droit international privé (Sciences juridiques)**

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

**Le 26 Février 1923, à 15 heures**

PAR

**Mahmoud-Zaky SALEM**

PRÉSIDENT : M. Georges SCELLE, professeur.
SUFFRAGANTS : MM. Louis LUCAS, professeur.
JAPIOT, professeur.

DIJON
IMPRIMERIE BERNIGAUD ET PRIVAT
*15, Rue Bossuet, 15*

1923

# LA DOCTRINE DE MANCINI

sur la nationalité & son application

au droit Égyptien

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535709_0016

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

# LA DOCTRINE DE MANCINI

## Sur la Nationalité et son application au droit Egyptien

THÈSE POUR LE DOCTORAT

**Droit international privé (Sciences juridiques)**

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

**Le 26 Février 1923, à 15 heures**

PAR

**Mahmoud-Zaky SALEM**

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

PRÉSIDENT : M. Georges SCELLE, professeur.
SUFFRAGANTS : MM. Louis LUCAS, professeur.
JAPIOT, professeur.

DIJON
IMPRIMERIE BERNIGAUD ET PRIVAT
*15, Rue Bossuet, 15*
—
1923

A MES PARENTS
tendrement aimés.

# AVANT PROPOS

*Importance du problème. Son analyse : 1° territoire, théorie de Hall et de Holland, théorie de Labande ; 2° population. Evolution vers l'unification nationale. Nature du lien entre l'individu et l'Etat : théorie de l'allégeance perpétuelle, théorie du lien contractuel, théorie de l'unité de la conscience nationale. 3° Organisation gouvernementale, nature de cette puissance : théorie de l'autolimitation. Caractère de cette puissance dans le droit musulman, la wilaga générale réside dans la nation. La souveraineté est essentiellement personnelle : théorie de la souveraineté nationale catholique, théorie de M. de Vareilles-Sommières. Résultat des recherches, souveraineté personnelle, argument capital de Mancini. Plan du travail.*

Nous avons l'intention de traiter dans ce travail de la doctrine de Mancini sur le conflit des lois, c'est-à-dire de celle qui enseigne qu'il faut toujours se référer à la loi nationale dans tous les cas où il y aurait conflit. Cela oblige d'abord à prendre parti sur le problème de la nationalité. Or le problème de la nationalité, étant donné sa grande importance, tant au point de

vue théorique que pratique, est un de ceux qui ont été le plus discuté.

Nous verrons donc jusqu'à quel point l'État peut imposer des lois à ses ressortissants, ne se trouvant plus sur son territoire et par conséquent hors de son action directe, et aussi qu'elle peut être l'étendue du pouvoir étatique sur tous les étrangers qui se trouvent sur son territoire, abstraction faite de leur nationalité.

Deux principales réponses contradictoires ont été données. D'une part la législation anglaise reconnait la loi du domicile, d'autre part, la théorie de Mancini ne reconnait que la loi nationale.

Nous passerons en revue l'une et l'autre de ces théories pour conclure à la vérité, mais dès maintenant il nous semble que la solution dépend en grande partie de l'idée que l'on adopte sur la théorie de la souveraineté .

L'homme a toujours vécu en société. Or la société politique, c'est l'État. Celui-ci, étant la personnification de la nation, reçoit la mission sacrée de protéger ses nationaux et d'assurer la sécurité de leurs rapports juridiques soit entre eux, soit avec les nationaux d'autres États.

Cette idée est d'une importance capitale et en liaison étroite avec la théorie que nous allons soutenir. Si l'État, n'est que la personnification de l'intérêt national, un moyen sûr de sauvegarder les droits de ses nationaux, ceux-ci pourront conserver et réclamer le bénéfice de ses institutions lors de leur séjour à l'étranger. Les lois ne seront pas considérées comme quelque chose d'odieux, d'imposé, pour l'in-

térêt des gouvernants, mais comme une simple matérialisation de la conscience sociale.

Pour faire prévaloir ce sentiment de solidarité, il est nécessaire que l'État puisse obtenir l'obéissance pour assurer l'ordre et le bien-être. C'est cette puissance suprême, ce pouvoir de commandement qui a pour but et pour limite le bien de la nation, qui prend le nom très significatif et vraiment expressif de «souveraineté ». Reste à savoir si ce pouvoir de commandement s'adresse essentiellement aux choses et subsidiairement aux personnes qui se trouvent en contact avec ces choses, ou inversement si le souverain commande à ses nationaux directement et n'atteint les choses, le territoire, qu'à travers eux. Or, il n'est pas douteux que philosophiquement on ne peut commander qu'à des personnes. On est donc amené à se demander si la mission de l'État-personne consiste dans la protection des nationaux, partout où ils se trouvent, notamment sur le sol étranger, qui est leur domicile habituel, ou si la mission de l'État consiste à protéger le territoire sur lequel existe sa souveraineté, et, par la même occasion, les habitants. La solution du problème dépend de l'analyse de l'État et de l'importance que l'on attribue à chacun de ces éléments constitutifs. On considère généralement que trois éléments contribuent à la formation de la personnalité de l'État, à savoir :

1° Le territoire,

2° La population,

3° L'organisation gouvernementale souveraine.

Considérons ces trois éléments.

SECTION I

## Le Territoire

Le territoire est-il un élément indispensable pour la formation d'un Etat ? Cela est douteux. Il est comme le domicile pour les particuliers.

### § I — *Théorie de Hall et Holland*

Le professeur Holland, donne une définition de l'État de laquelle il ressort que le territoire fait généralement partie, mais n'est pas nécessairement un élément constitutif de l'Etat. Hall suit le même avis, ainsi dans son livre (1) il dit : « abstractedly, there is no reason why even a mandering tribe or society should not feel itself boud as stringently as a settled community by définite rules of conduct toward other communities ».

### § II — *Théorie de Labande*

Paul Labande « *Droit public de l'Empire allemand*, traduction Paris 1900, page 289 », développe une théorie analogue extrêmement originale. Il faut reconnaître dit-il qu'il y a un droit de l'Etat sur son territoire, droit substantiellement différent de ses droits de souveraineté sur les sujets et qui a bien le

---

(1) Hall *Droit International*, p. 20

caractère d'un droit sur les choses « Sachenrecht » du droit public. Pour pouvoir remplir son rôle, l'État étend la main non seulement sur ses nationaux, mais aussi sur le sol, sur le territoire et le soumet à sa volonté souveraine, à sa puissance. Même en des lieux inhabités de la surface du pays, il peut exister une souveraineté territoriale dont les manifestations extérieures sont une preuve que le territoire n'est pas seulement l'espace dans les limites duquel l'État exerce la souveraineté sur les personnes ; mais qu'il est aussi *l'objet d'un droit propre et particulier de l'Etat.* D'ailleurs sans cette souveraineté matérielle sur un territoire, une puissance si étendue soit-elle qui porte sur des personnes, comme elle existe par exemple dans quelque ordre religieux, n'est pas une puissance d'État. Le droit de l'État sur les sujets comme son droit sur le territoire sont des droits souverains, mais tandis que le droit souverain sur les sujets a une analogie avec la puissance de droit du chef de famille, le droit de l'État sur le territoire revêt, *comme la propriété en droit privé*, le caractère général de domination exclusive « *dominium et non impérium* » et total sur une chose matérielle ; seulement, le genre de ce pouvoir, son but et son contenu sont différents.

Donc le territoire suivant cette thèse sera l'objet d'un *dominium* qu'il ne serait pas tout à fait exact de qualifier de souveraineté.

A mon avis la qualification du droit de l'État sur le territoire comme un droit de propriété est tout à fait exacte et en conformité avec le fondement du droit public et privé.

Il suffit de se rappeler que les *bona vacancia* sont

toujours recueillies par l'État et que celui-ci est le propriétaire absolu de tous les biens qui n'ont pas de maître. Le droit d'occupation ne s'applique plus sur la terre.

SECTION II

## La Population

### § I. — *Evolution vers l'unification nationale*

Un élément essentiel pour la formation d'un état est, au contraire, l'ensemble des individus qui forme la nation. L'État sans l'individu est inconcevable, puisque l'État n'est autre chose que la personnification de la nation. Les ressortissants d'un État sont ceux qui sont liés à cet organisme, soit par l'effet du *jus sanguinis*, soit parce qu'ils sont nés sur son sol, c'est-à-dire par le *jus soli* ; soit parce que l'État lui-même les a revêtus de ce caractère après une sollicitation et à titre de faveur. L'histoire nationale de chaque pays nous montre que la formation des nouveaux États du 19e siècle marque le triomphe de la solidarité nationale sur tout autre mode de cohésion sociale. L'État souverain de fait, devient dans tous les pays civilisés, de plus en plus à mesure que s'effacent les distinctions sociales, l'organe de la collectivité entière imposant à chacun de ses membres la loi commune, les obligations communes (impôts, service militaire, etc..) De même les cités, les provinces, les principautés, les petits royaumes ont vu leur indépendance administrative, leurs mœurs propres, leur esprit particulier, leurs coutumes juridiques, tout ce qui servait effectivement ou eût pu servir à la réalisation d'une solidarité restreinte, rétrograder devant

l'organisation nationale, la centralisatiou administrative, l'uniformité imposée tant au point de vue juridique, qu'au point de vue même de la langue et des idées. La constitution des grandes nations a permis, au 19e siècle, d'unir dans les mêmes élans de patriotisme, ceux que séparaient auparavant la solidarité confessionnelle ou professionnelle. Elle a contribué à la disparition des plus funestes antagonismes de classes ou de races et fait sentir à tous, non seulement la puissance, mais l'utilité, la nécessité, en vue du progrès collectif, d'une vie en société dominée par la loi, par la Raison commune.

Ce nouveau lien est d'ailleurs pour l'intérêt et l'utilité de l'individu, qui peut demander de cesser de faire partie de cet organisme.

### § II. *Théorie de l'allégeance perpétuelle*

L'Allégéance perpétuelle, d'après laquelle un homme ne peut changer de souverain à son gré, n'est plus en accord avec les nouveaux principes qui dominent l'organisation de notre société. A l'époque féodale où les relations sociales dépendaient des relations de l'homme avec la terre, les habitants d'une seigneurie, les serfs de corps ou de poursuite ne pouvaient la quitter et rompre les liens qui les attachaient au sol sans l'assentiment de leur seigneur, car autrement ils auraient porté atteinte à son autorité en se soustrayant à sa domination. Dans l'ancien droit anglais, l'étranger (qui n'a pas inhéritable blood) ne pouvait accéder à la nationalité anglaise, de même que le national restait soumis à l'allégeance perpétuelle.

### § III. — *Théorie du lien contractuel*

Dans le droit moderne la volonté de l'individu est toujours prise en considération pour la détermination de la nationalité. L'État moderne ayant pour base principale l'assentiment des individus qui la composent, il s'ensuit aujourd'hui qu'on ne doit faire partie d'un pays qu'autant qu'on le veut, ce qui revient à dire que chacun ne peut et ne doit avoir que la nationalité qu'il a choisie et on peut constater qu'à l'heure actuelle la nationalité de chaque individu doit donc dépendre de sa volonté. Toutefois, cette faculté de changer de nationalité, que le droit moderne admet dans tous les pays, est limitée par deux restrictions qui dérivent de la nature même de la nationalité :

1° Chaque individu doit avoir une seule nationalité ou en d'autres termes, il n'est pas permis à un homme d'abandonner la nationalité qu'il avait sans en prendre une autre. Il n'est pas loisible à un individu de devenir heimatlos par sa propre volonté.

2° L'individu ne peut pas avoir deux nationalités en même temps.

### § IV. *Théorie de la conscience nationale*

Notons, avant de terminer, que la nation, qui forme un état n'est pas nécessairement une race déterminée. La race est une subdivision ethnologique, la nation est une subdivision politique, un amalgame de plusieurs races. Ainsi l'éminent auteur Jellinck dans son ouvrage, page 205, nous dit « Il ne faut pas parler d'une communauté naturelle de la race, toutes les nations modernes, en effet, sont formées de races

différentes, souvent très éloignées, les unes des autres au point de vue ethnologique. Ainsi les Italiens modernes descendent des Étrusques, des Romains, des Grecs, des Germains, des Celtes, et des Sarrasins. Les Français ont pour ancêtres des Romains, des Gaulois, des Bretons, des Germains. Les Russes ont des origines à la fois slaves et non slaves. Mais il faut citer surtout les Américains, chez lesquels se trouvent mélangé le sang de presque toutes les races. On ne saurait donc dire que la nation soit une réunion d'hommes dérivant d'une même origine. Alors même qu'une nation conserve, par suite de circonstances exceptionnelles, un sang qui n'est pas mélangé, ce n'est pas en cela que consiste le lien qui lui donne son unité ; si la nation existe, c'est parce que certains éléments de la civilisation se sont trouvés communs et que les destinées historiques ont été les mêmes. Mais cette unité naturelle par elle seule, ne suffit pas à cimenter les éléments constitutifs de la nation. Il faut faire intervenir l'idée qu'on s'en fait, le sentiment qu'on en a, on y associe certaines pensées, certaines représentations, et ce sont ces pensées et ces représentations qui agissent et qui produisent *l'unité de la Conscience nationale.*

SECTION III

## L'Organisme gouvernemental

### § I. — *Nature de cette puissance*

L'État est toujours muni d'un pouvoir régulièrement constitué et indépendant. Or, ce pouvoir suprême *la Souveraineté*, est mis en œuvre par un organisme de gouvernement ou de relation.

Ce pouvoir de domination étatique, étant une puissance de nature juridique, est par là même une puissance soumise au droit, donc aussi et nécessairement, une puissance limitée. La souveraineté, en effet, n'est pas une force brutale elle est le produit d'un équilibre de forces, devenu suffisamment stable pour qu'il en résulte une organisation durable de la collectivité. L'État suppose essentiellement cette organisation, c'est-à-dire qu'il suppose une force organisée. Il faut entendre par là une force régie par des principes juridiques, appelés à s'exercer selon certaines formes et au moyen de certains organes et dès lors limitée par le droit.

Si absolue que soit la puissance de l'État, et alors même qu'il lui serait juridiquement possible de tout faire, il ne peut supprimer l'ordre juridique et fonder l'anarchie, car il se détruirait ainsi lui-même. Or, il est indéniable que l'ordre juridique en vigueur ne lie pas seulement les sujets, mais aussi l'État. Sans doute, il ne les lie pas de la même façon.

A la différence de ses sujets, l'État peut changer le droit existant. Mais tant que ce droit subsiste, l'État ne peut pas le méconnaitre ; il ne peut exercer sa puissance que dans les formes et de la façon déterminées par l'organisation constitutionnelle pré-établie ; et de plus, il ne peut abroger le droit et l'organisation en vigueur qu'en créant un droit nouveau, qui limitera lui aussi sa puissance. On ne peut donc pas dire que la puissance étatique ne connaisse que des limitations de fait, ou d'ordre moral ou politique ; elle est vraiment contenue dans des limites de droit.

L'idée essentielle qui se trouve à la base de la doctrine d'auto-limitation, est que l'État ne peut se trouver obligé, lié ou limité qu'en vertu de sa propre volonté, en cela même consiste sa souveraineté. Par conséquent, les règles de droit destinées à régir l'exercice de la puissance étatique ne peuvent être que l'œuvre de l'État lui-même. Si la souveraineté n'est pas nécessairement un pouvoir sans limites, du moins, il est de l'essence de l'État souverain que lui seul détermine, de sa propre volonté, les règles juridiques qui constitueront la limitation de sa puissance souveraine. L'État cesserait en vérité d'être souverain, si de telles limitations pouvaient lui être imposées par une volonté ou une puissance supérieure à la sienne. De même que dans les relations internationales, l'État ne peut se trouver lié ou limité qu'en vertu de sa propre volonté ou de son consentement, de même aussi, à l'intérieur, et dans ses rapports avec ses sujets la souveraineté implique que l'État ne peut être soumis à d'autres limitations que celles résultant du droit qu'il a lui-même créé.

## § II. — *Théorie de Jellinck d'auto-limitation*

C'est ce que Jellinck exprime, sous une forme non seulement négative, mais positive, en disant que la souveraineté est la qualité de la puissance étatique, en vertu de laquelle elle possède la faculté exclusive de se lier ou de se limiter juridiquement.

Ainsi, la souveraineté ne signifie nullement que la puissance de l'État exclut toute limitation, mais seulement que l'État ne peut se trouver limité qu'en vertu de sa propre organisation, c'est-à-dire de sa propre volonté

### *a*) LA THÉORIE DE LA SOUVERAINETÉ MUSULMANE

La souveraineté à sa base et sa justification dans le droit divin, dans le Coran où, à la sourate des femmes on trouve « O vous, qui croyez, obéissez à Dieu, obéissez au Messager et à ceux parmi vous qui exercent l'autorité ». Il ressort de cette énonciation qu'il existe, en dehors du Prophète, des hommes auxquels il faut obéir, elle confère donc à certains hommes le droit d'imposer à autrui l'exécution de leurs décisions, elle institua une *Wilaya*, « c'est-à-dire une souveraineté », il y a donc là une dérogation au principe d'indépendance. Il ne s'agit plus d'une *wilaya* particulière, c'est de tous les individus spécifiés par l'attribut de croyants qu'il est ici question. C'est donc une *wilaya* générale. Dieu a donc donné à l'état de *wilaya* générale une existence légale, et ainsi l'autorité, le droit de commander, trouve son fondement, dans la loi divine qu'il a légitimé. Cela n'indique pas

que la souveraineté, d'après les conceptions des légistes musulmans, réside dans une personne déterminée. La souveraineté pure, cette puissance supérieure, ce pouvoir illimité qu'on a sur les hommes, appartient à Dieu seul. C'est lui qui défend et permet d'une façon absolue, il est le maître absolu des personnes et des choses. Le pouvoir suprême lui appartient. Le Coran et son complément la Tradition sont l'expression de sa volonté souveraine, par lesquels il se charge de diriger les hommes.

Dans le but d'assurer matériellement l'exécution de ses ordres et l'observation de ses prescriptions, de ses droits et de ceux qu'il a accordés à ses créatures, il a institué *la wilaya générale* (souveraineté). La souveraineté prise dans toute l'acception du terme, s'analyse en des éléments de volonté et des éléments de réalisation ou d'exécution, ce sont ces éléments qui composent l'essence même de *la wilaya générale.* Les juristes la définissaient ; puissance exercée sur un tiers en vertu de laquelle ce tiers doit exécuter les décisions prises, qu'il le veuille ou non. Cette définition traditionnelle semble impliquer un pouvoir illimité, coïncider avec la notion de la souveraineté. Il n'en est rien. Elle suppose admis les principes qui sont à la base de tout le droit public.

### § I. — *La Souveraineté est personnelle*

Les causes apparentes qui l'ont légitimée sont la vie en société, la nécessité d'assurer la liberté de chacun au sein du groupe, c'est donc dans le but d'assurer la conservation de cette société, la liberté de chacun dans la mesure où elle est compatible avec celle d'au-

trui, qu'elle peut s'exercer légitimement. Elle est donc quoique générale quant aux personnes, spéciales, quant à l'objet, au but. Elle est limitée par les prescriptions de Dieu et les droits naturels de l'individu qu'elle a pour objet de protéger, en un mot par l'obligation de maintenir l'ordre social établi par la volonté de Dieu. Ainsi envisagée, la *wilaya générale* nous apparait comme une fonction sociale d'institution divine, avec un caractère complexe découlant précisément de cette origine divine. Les juristes musulmans reconnaissent que la nation a toujours la capacité de jouissance de la souveraineté imposée par Dieu, comme un phénomène social. Ceux qui l'exercent n'ont que la capacité d'exercer, ne sont que des mandataires qui sont obligés d'accepter la fonction que la nation leur défère sans que la nation soit dépourvue de son droit de le révoquer *ad nutum*. Une fois la *wilaya générale* fixée sur la tête de l'élu elle devient pour lui un droit exclusif. Dans les limites de l'exercice légal du pouvoir la nation est tenue à l'abandon complet et absolu de la gestion des affaires d'intérêt général, toute opposition aux ordres de ceux investis de la souveraineté est un crime contre Dieu. Ils peuvent déléguer les pouvoirs souverains à une ou plusieurs personnes en tout ou en partie, mais s'ils peuvent abdiquer le pouvoir, ils ne peuvent l'aliéner, même en partie, cela étant contraire au principe fondamental de l'unité de l'Empire indivisible. La charge déférée à ceux qui sont investis de la souveraineté est essentiellement gratuite. C'est un devoir qui incombe à chaque croyant de participer à la protection et à la sauvegarde d'un droit de Dieu, comme

le maintien de l'ordre et la répression des crimes et infractions aux lois.

### § II. *La Souveraineté réside dans la nation*

Mais ce droit ne doit pas être un moyen d'attenter à la propriété et à la liberté des personnes de quelque manière que ce soit. Cela serait illégal, le motif qui justifie l'exercice de cette puissance étant vicié ; dans ce cas, le musulman doit refuser de participer à une action que Dieu réprouve. La raison invoquée par les juristes pour montrer que la souveraineté réside essentiellement dans la nation est le droit de celle-ci de révoquer ceux qui sont investis du pouvoir et la nécessité d'être consulté par une sorte de référendum pour toutes les mesures d'importance particulière. Pour prononcer la déchéance de ses délégués, la nation doit s'inspirer des intérêts supérieurs de l'État et des considérations politiques. L'opportunité politique doit prévaloir sur les solutions juridiques (1).

### § III. *Conclusion à tirer*

L'idée de la personnalité des lois repose sur un argument capital : la souveraineté personnelle. La doctrine musulmane la prouve bien. Il résulte des passages que nous venons de citer, que les lois s'adressent aux croyants partout où ils sont, sans égard à leur séjour actuel. La transposition de cette même idée dans le droit public moderne, est un fait que l'on ne peut nier. Les États modernes ne sont que l'évolution des États anciens, où le pouvoir spirituel et temporel étaient dans les mêmes mains. Il ne sera

donc pas hors de propos d'invoquer aussi la théorie catholique de la souveraineté qui soutient les mêmes points de vue.

### *b*) THÉORIE CATHOLIQUE DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

Cette théorie est ainsi développée par M. Émile Chenon dans son ouvrage sur *Le Rôle social de l'Eglise* p. 100.

« Dieu ayant voulu la société, c'est-à-dire la fin a nécessairement voulu les moyens, c'est-à-dire l'autorité supérieure destinée à pourvoir aux biens communs, en d'autres termes « la souveraineté ». Donc, la souveraineté procède de Dieu. Dieu créateur de l'homme à toute puissance sur sa créature ; il peut donc lui imposer des lois que l'homme est en conscience, obligé de suivre, il est vrai que l'homme ayant le libre arbitre, a le pouvoir de ne pas obéir. Mais c'est là une question toute différente de celle que nous traitons : le pouvoir de tout faire n'en donne pas le droit, et, par suite le pouvoir de transgresser une loi n'infirme pas le caractère obligatoire de cette loi. La souveraineté serait dans cette théorie limitée, inaliénable et imprescriptible. Il est donc impossible de reconnaitre à la souveraineté humaine, un caractère illimité. Elle a forcément deux bornes :

1° Elle est d'abord subordonnée à la Souveraineté Divine dont elle dérive ; par suite le souverain ne peut rien commander contre les lois de Dieu.

2° La souveraineté n'est conférée à la nation, qu'en vue de pourvoir au bien commun.

Le langage de M. Melchior du Lac n'est pas moins expressif. Il fait ressortir dans son exposé cette idée fondamentale que la souveraineté réside dans la nation et pour son bien-être. Ainsi il dit : « Le pouvoir, étant donné par Dieu, pour le bien commun de la société, doit être exercé selon les lois de Dieu et les lois de la société. Ceux qui l'exercent ne peuvent donc jamais commander ce que Dieu défend, ni défendre ce que Dieu ordonne, ni renverser les lois dont ils sont chargés de procurer l'accomplissement, ni chercher à détruire la société que leur mission est de défendre et de conserver. Leur puissance a pour limite, la loi naturelle, la loi religieuse et les lois fondamentales de la société qu'ils régissent.

Inutile donc d'autre part de reproduire la théorie de M. de Vareilles Sommières sur la souveraineté. Cette théorie lie la souveraineté à la propriété. Elle va même jusqu'à la considérer comme une *res nullius* qui peut être prise par un usurpateur, qui après une prescription prolongée devient le titulaire légitime.

Une telle conception peut avoir une certaine valeur dans la période féodale : à notre époque elle est rejetée par la plupart de publicistes en raison de son désaccord avec les faits.

### *Conclusion*

La conclusion de ces données sera que l'État n'est que la personnification de la nation, sa souveraineté est essentiellement personnelle, sa raison d'être est la protection des nationaux. C'est en invoquant ces arguments que d'un côté les juristes continentaux

ont soutenu, la nécessité d'accepter comme un dogme législatif, la loi nationale pour régler l'état et la capacité de l'étranger, et que d'un autre côté Mancini a pu développer une théorie précise pour la solution du conflit des lois.

SECTION IV

## Plan de l'ouvrage

Le plan de notre travail se résume ainsi : Une première partie sera consacrée à l'étude des systèmes continentaux. Ces systèmes ont un point de vue commun : c'est que la loi nationale est la seule à laquelle il faut se référer pour régir l'état et la capacité des étrangers. Cette partie se divise en trois chapitres, Dans le premier, nous exposerons la doctrine de Mancini, principe et exceptions. Dans le deuxième, nous examinerons les critiques qu'adresse M. de Vareilles Sommières, à la théorie que nous exposons. Nous verrons si ces critiques peuvent êtres réfutées et si les systèmes que l'auteur propose pour la solution du conflit des lois sont en conformité avec les notions modernes du droit international. Dans le troisième chapitre, la même méthode sera suivie à propos de la théorie du but social des lois exposées par M. Pillet.

Dans une deuxième partie, nous parlerons de la théorie anglaise du domicile, théorie très caractéristique du droit anglais.

Et enfin la troisième partie sera consacrée à l'étude de la situation actuelle des conflits des lois en Égypte tant internes, qu'externes sous sa forme de conflits de juridictions.

Le travail se terminera par un aperçu de la doctrine de la nationalité en droit international public.

L'objet de notre étude d'après le plan ci-indiqué, est de mettre en relief la divergence qui nous sépare des juristes anglais. En effet, la différence entre la législation continentale et le droit anglais est profonde, et nous considérons la doctrine anglo-américaine comme surannée.

LIVRE PREMIER

# SYSTÈMES CONTINENTAUX

### *Systèmes continentaux du conflit des lois*

Nous groupons sous ce titre, tous les systèmes qui acceptent comme un dogme législatif le droit national d'une personne pour régir son état et sa capacité. Ces systèmes sont la théorie italienne, objet primordial de notre étude et les théories de M. Pillet et de Vareilles-Sommières qu'il est nécessaire de traiter sous la même rubrique pour la raison déjà indiquée, à cause des critiques que ces auteurs ont formulées contre cette théorie.

# CHAPITRE PREMIER

## *Analyse de la nature du conflit des lois*

*Condition de l'étranger dans l'antiquité, connexité du problème avec le conflit des lois. La première période pendant laquelle un conflit naquit. Les Glossateurs et les post-Glossateurs. Distinction entre les divers statuts. L'école statutaire française. L'idée de la doctrine moderne du but social des lois en germe chez les statutaires : statuts favorables et statuts odieux. L'influence du droit naturel rejaillissant au XVIII^e siècle sur la condition de l'étranger. Système de Savigny et son influence sur Mancini. Critique de M. de Savigny surtout par Mancini.*

### § I. — *Condition de l'étranger dans l'antiquité. Connexité du problème avec les conflits des lois*

Le conflit des lois présuppose la présence d'étrangers investis de droits et admis à les exercer sur le territoire national d'un autre pays. Or dans l'antiquité, l'étranger « hostis » est un ennemi qui ne peut pas accéder au culte et par conséquent au droit : le droit n'était pas né de l'idée de justice, mais de la religion, et il n'était pas conçu en dehors d'elle. Pour qu'il y eût un rapport de droit entre deux hommes, il

fallait qu'il y eût déjà entre eux, un rapport religieux, c'est-à-dire qu'ils eussent le culte d'un même foyer et les mêmes sacrifices. Lorsque entre deux hommes, cette communauté religieuse n'existait pas, il ne semblait pas qu'une relation de droit pû exister. C'est par la participation au culte que l'étranger pouvait devenir national et exercer des droits. La qualité d'étranger était une punition infligée à certains coupables. On était libre parce qu'on était *civis*. La déchéance de nationalité était très grave : le condamné était dépouillé de tous ses droits, en un mot traité comme un esclave, une chose.

### § II. — *La première période pendant laquelle un conflit des lois naquit*

Inutile donc de chercher des règles pour la solution des conflits des lois dans une société pareille. C'est à partir du moyen âge que les glossateurs, émus par les conséquences fâcheuses d'un régime de pur réalisme, cherchèrent des atténuations qui cadrassent plus ou moins avec la doctrine intangible, de la souveraineté absolue ; la territorialité des lois. A ce moment, l'étranger a cessé d'être un ennemi, il est devenu un « aubain » soumis à des obligations onéreuses qui rappellent son origine. Néanmoins l'aubain a des droits et il peut les exercer et tout le monde doit les respecter. Le milieu avait changé, les cités étaient florissantes, les relations commerciales imposaient des sentiments d'amitié réciproques. Les légistes de cette époque ont donc réclamé l'application du droit étranger dans certains cas, mais à titre de con-

venance. Ainsi la courtoisie tenait lieu de droit, et elle dépendait de l'intérêt de chaque cité. A notre avis les grands principes du droit international privé, même dans son état actuel, ont été formulés pour la première fois par les glossateurs et leurs successeurs les post-glossateurs. Ceux-ci avec Bartole ont élaboré une méthode moins exégétique et plus logique.

### § III. — *Les Glossateurs et les post-glossateurs.*

Elle est résumée dans ces lignes que nous empruntons à M. Weiss, manuel p. 347 : « Cette méthode consiste à décomposer les diverses matières juridiques, à examiner séparément tous les rapports du droit, à l'occasion desquelles un conflit est possible, et à indiquer le statut qui, rationnellement, et équitablement, convient le mieux à chacun d'eux ». Les statutaires distinguaient les statuts réels et personnels. Ces derniers étaient distingués en statuts favorables et statuts odieux. Seules les incapacités favorables, celles qui poursuivent une vue de protection telle que l'incapacité des mineurs ou de l'interdit, suivent la personne hors du lieu de son domicile. Les autres, les incapacités odieuses, celles qui procèdent d'une rigueur injuste, par exemple l'incapacité de succéder dont certains statuts frappent les filles, se limitent au territoire où elles ont été édictées et ne peuvent être invoquées au-delà. L'école statutaire italienne a fait place à l'école française du XVI^e^ siècle. Cette école est caractérisée par une évolution capitale dans la méthode à suivre, par l'esprit très libéral de Dumoulin et par les conséquences fécondes de divers systèmes.

Le point capital était de savoir où s'arrêtent les statuts réels pour faire place aux statuts personnels. Les juristes se donnaient beaucoup plus de peine pour découvrir le but social des lois, pour distinguer entre les lois qui protègent l'individu et celles qui protègent la société, idée en germe qui sera plus tard reprise par M. Pillet pour faire un système analytique des conflits de lois. Les juristes arrivèrent à des résultats contradictoires et pour cacher l'échec du système, ils ont créé une nouvelle catégorie : les statuts mixtes, dans lesquels seront cantonnés tous les points controversés. Au XVII^e^ siècle une réaction se fait jour. C'est le retour au réalisme absolu, la méconnaissance de la personnalité de certaines lois, le triomphe des idées féodales : « l'homme est l'accessoire de la terre ». C'est l'avènement de l'école flamande avec Paul et Jean Voet. Tous ces juristes partent d'un point de vue commun, c'est la souveraineté absolue sur le territoire.

Dès le commencement du XVIII^e^ siècle des systèmes plus scientifiques, plus juridiques ont été préconisés. La pérégrinité a cessé d'être une macule suivant le langage de Bacquet (droit d'aubaine) la condition de l'étranger s'est améliorée. Néammoins ce dernier restait soumis à une série d'obligations écrasantes comme le droit de naufrage, de détraction et le droit d'aubaine proprement dit.. *L'intestabilis* du droit romain était encore dans une situation singulièrement difficile. Tout cela ne tarda pas à disparaitre grâce aux idées de Voltaire, de Rousseau et des physiocrates. Ceux-çi, précurseurs de la Révolution, ont secoué le dogme ancien, l'omnipotence de l'État et réclamé la liberté

pour tous, voulant mettre une borne aux caprices de l'État. Cette limitation à l'omnipotence étatique avait été trouvée dans le droit naturel. Celui-ci est le droit immuable, universel, qui, d'après ses auteurs, ne connaît de limites ni dans le temps ni dans l'espace. Ces idées se sont cristallisées dans la déclaration des droits de l'homme en 1789.

### § VIII. — *Système de M. de Savigny*

Grâce à cette idée capitale que le juriste de Savigny a inaugurée, son système très complexe est très abstrait.

Cet auteur repousse la souveraineté absolue comme un dogme faux. Pour lui, il y a un droit supérieur à l'État auquel celui-ci ne peut échapper. Ce n'est pas le droit naturel dans le sens de l'école française, mais c'est la communauté du droit ou, comme le dit plus tard Mancini, le droit des nationalités. Bien que les divers états du monde civilisé soient indépendants, il existe entre eux des liens nombreux, car ils sont tributaires les uns des autres pour les produits qu'ils échangent ; leur civilisation a des origines communes ; leur morale dérive des mêmes sources, à savoir : les doctrines philosophiques de l'antiquité et les dogmes du christianisme ; enfin, leurs sujets ont des rapports constants, qu'il convient de favoriser et de développer. Toutes ces nations vivent donc peut-on dire, en société. Or, dans toute société, il existe des règles qui régissent les rapports des divers membres du groupe, qui déterminent leurs droits et leurs devoirs réciproques, (voir Valéry, p. 470 et suivantes).

Le système de Savigny fait prévaloir un véritable droit au-dessus des États, sur les préceptes duquel ceux-ci doivent modeler leur action. Le droit international privé, faisant partie du droit international, se trouve donc imposé à l'État comme une obligation juridique pour l'accomplissement du devoir de faire régner la justice et de renforcer les relations internationales.

La Société des Nations doit veiller à l'accomplissement de ces devoirs indispensables pour rapprocher les diverses nations entre elles. Savigny rejette toute conception qui distingue au préalable entre les lois personnelles et les lois réelles. Pour lui la solution à donner ne dépend ni du lieu où l'instance s'est engagée, ni de celui où le rapport de droit a pris naissance « Schaeffner ». Pour tous les rapports juridiques, il il faut rechercher qu'elle est, parmi les lois en vigueur à la surface de la terre, celle qui convient le mieux à sa nature, et c'est par cette loi qu'il devra être régi.

Ce qui est très net dans le système de Savigny, c'est le soin qu'il prend d'écarter l'arbitraire, l'égoïsme « intérêt ou utilité, ou courtoisie », dans la solution de conflit des lois. Il limite l'application du droit étranger par ce qu'il appelle : lois prohibitives. Ce sont les lois qui, inspirées par un motif d'intérêt commun, obligent tous ceux qui habitent le territoire, nationaux ou étrangers. Les droits de souveraineté se limitent à la conservation et à la défense de l'État.

Dans les applications de son système il ne pense qu'à la loi du domicile comme à la loi à laquelle la personne s'est volontairement soumise pour tout ce qui se rattache à son état ou capacité.

§ IX. — *Critique de cette doctrine et son influence sur Mancini*

Le système de Savigny, quoique très scientifique est à juste titre très critiqué. Au fond, l'auteur en semblant rejeter le dogme statutaire, ne faisait que lui donner une autre forme plus logique moins erronée. Son système laisse une grande liberté au juge et c'est une source de péril et d'instabilité pour le droit. Ce que nous cherchons c'est l'uniformité et, si possible, l'unanimité. Or, avec la grande latitude que Savigny laisse au juge, on accentue les divergences sans aboutir au but cherché. Mancini lui adresse un reproche (*Journal de Droit international*, t. I, p. 287) digne d'être cité : « Savigny pose comme règle fondamentale que l'interprête doit chercher le siège du rapport juridique ». Cela suppose que le droit a une assiette matérielle, territoriale : or, comment une chose immatérielle aurait-elle un rapport avec le territoire ? Son système est très abstrait, quelquefois même obscur. On y trouve des termes énigmatiques et sa méthode très générale n'est pas entre les mains du juge un instrument sans danger pour résoudre les difficultés quotidiennes.

L'auteur ne faisait pas allusion à la doctrine de la nationalité, mais il peut en être considéré comme le véritable précurseur. Mancini ne fait que préciser la loi qui convient le mieux à la nature de chaque rapport juridique. Il coupe court à toute discussion et simplifie le problème en disant que cette loi n'est que la loi nationale. La nationalité est devenue un instrument de lutte entre les mains des vaincus qui

ne désespèrent pas et ne se courbent jamais devant l'oppresseur qui viole le droit de la nationalité.

Les idées, dit Mancini, ne succombent pas sur le champ de bataille, elles sont immortelles. Vérité qui s'applique bien aux idées de ce grand homme. Arme redoutable de lutte pour la liberté, le principe fut sauvé comme le fondement du droit international.

# CHAPITRE II

## *Doctrine de Mancini*

*Doctrine de l'auteur : principe et exceptions.*

*Milieu dans lequel l'auteur vivait : nationalisme naissant.*

*Analyse de la doctrine.*

a) *Obligation de faire justice.*

b) *Le droit naturel est le droit national.*

Étude de la première proposition : *le respect du droit étranger est un véritable devoir ; réfutation de la doctrine* « comitas gentium ».. *Fonction légitime de l'Etat, Argument de David Hume.*

Étude de la deuxième proposition : *le droit naturel est le droit national de l'étranger. Arguments invoqués en faveur de cette idée. La souveraineté personnelle. La compétence diplomatique de l'Etat. – La nationalité est un élément de notre personnalité. – La nationalité est presque immuable. – La nationalité est évidente, facile à découvrir. – Liens entre les lois nationales, les mœurs, coutumes et tempérament des nationaux. Réfutation d'Austin. – Nature des liens éphémères et accidentels entre une personne et son domicile. – Confusion à éviter : distinction nette entre la personnalité moderne et la personnalité barbare. – Conception individualiste et prédominante de l'idée de l'origine dans le droit barbare. Caractère facultatif du droit barbare. Idée de Lainé : le conflit moderne est un conflit de souveraineté.*

SECTION A

## Analyse de la doctrine et étude de la première proposition

### § I. — *Doctrine de l'auteur*

La loi, lorsqu'elle statue sur un intérêt privé, a toujours pour objet l'utilité de la personne ; elle ne peut régir que ceux qour qui elle a été faite, mais ceux-là, elle doit, en principe, les régir en tous lieux et dans tous les rapports juridiques, sauf les exceptions ou atténuations qui résultent de l'ordre public international, de la règle *locus regit actum*, de l'autonomie de la volonté. Telle est la théorie professée par l'illustre juriste Mancini (1817-1888).

### § II. — *Milieu dans lequel l'auteur vivait, Nationalisme naissant*

L'auteur vivait à un moment très important dans l'histoire politique de l'Italie. Au début du 19e siècle, Mazini a pris comme devise « Liberté, égalité, humanité, un Dieu, un *souverain*. Il voulait l'unification de l'Italie, la fusion de tous les petits états avec Rome comme capitale. Il est donc naturel que notre auteur se soit fait l'apologiste et l'inspirateur de ce sentiment commun

Le sentiment national était très profond ; plus encore que l'esprit politique, il fallait le dévouement à une noble cause.

La science a nourri le feu sacré dans la jeunesse italienne et elle a sa part dans la victoire. C'est un phénomène universel que les intellectuels, philosophes

(1) V. Weiss, *Droit International privé*.

ou écrivains sont les véritables instigateurs des révolutions. La science, dit Mancini n'est pas une affaire de vaine curiosité. Ce sont les idées qui gouvernent le monde ; les hommes qui leur servent d'organes, maîtres et élèves, ont pour mission d'agir et de donner la vie à la pensée, en payant de leur personne, et s'il le faut de leur sang.

Exilé de Naples, il a obtenu l'autorisation de faire un cours à l'université de Turin, ville où il s'était réfugié. Dans sa leçon d'ouverture, le 24 janvier 1851, il met en relief deux idées d'une importance capitale :

§ III. — *Obligation de faire justice*

*a)* Dans tous les pays le législateur est soumis à une obligation de résoudre les conflits de lois conformément aux principes d'équité et droit naturel.

§ IV. — *Pourquoi il faut toujours choisir la loi nationale*

*b)* C'est un principe d'équité et de bon sens d'appliquer la loi nationale des intéressés pour déterminer leur statut personnel.

La première théorie est très significative. Ce n'est pas une innovation de la part de cet auteur. Elle a été déjà formulée à plusieurs reprises par d'autres jurisconsultes parmi lesquels on peut citer : de Savigny. Il est intéressant de constater que celui-ci a inspiré plusieurs fois les arguments et la tendance de l'auteur italien. Savigny, Waechter et Schaeffner ont élevé des théories assez solides contre *la comitas.* théorie qui consiste à considérer l'état comme ayant un droit exclusif sur son territoire et sur tous ceux

qui l'habitent étrangers et nationaux. Leur point commun était qu'il y a un droit supérieur à l'État l'obligeant à accepter l'application du droit étranger.

### § V. — *Réfutation de la courtoisie internationale*

C'est cette même idée que Mancini invoque plus tard. Elle peut s'appuyer sur des raisons très sérieuses. La doctrine de la courtoisie internationale est pour toujours discréditée. Celle-ci est ainsi formulée par Paul Voet : en droit strict toutes les lois obéissent au principe suivant lequel leur application est renfermée dans les limites territoriales du pouvoir qui les a faites : par conséquent, les juges d'un État ou d'une province, ne sont en aucune façon tenus d'observer les lois étrangères, ni de donner effet aux décisions des magistrats étrangers, mais l'application trop rigoureuse de cette règle entrainerait des inconvénients. De même qu'un particulier passera moins heureusement sa vie s'il refuse aux autres particuliers ses bons offices et s'il se prive réciproquement des bons offices d'autrui, de même si les autorités de divers pays, à raison de leur indépendance réciproque et de leur souveraineté refusent d'appliquer leurs décisions respectives, par un acte de mutuelle condescendance, elles rendront plus dure la condition de leurs sujets ; chacune d'elles tour à tour troublera, bouleversera, annulera les actes et les décrets des autres, même les meilleurs, et à l'inverse, verra les autres troubler, briser, et anéantir les siens en vertu de la loi du talion et de la rigueur du droit, d'où pour leurs sujets respectifs nombre de vexations et de difficultés.

Il convient donc d'apporter des atténuations à la critique des principes de la territorialité des lois, soit par la conclusion des traités avec des souverains étrangers, soit simplement dans tous les cas, où on jugera convenable de tenir compte des lois ou des décisions judiciaires des autres pays. Mais lorsqu'on agira ainsi, ce ne sera point par respect pour l'autorité d'un principe juridique quelconque, mais parce qu'on veut bien pour des raisons de courtoisie, de politesse internationale, ou encore pour des raisons intéressées, se procurer ainsi des traitements analogues de la part des nations étrangères, *ex comitate gentium, ob reciprocam utilitatem.*

### § VI. — *Fonction légitime de l'Etat*

Mancini repousse cette façon de voir. Il y a pour lui un véritable devoir juridique à appliquer le droit étranger. En effet, l'État dans la société moderne n'est que l'organe social investi de la règlementation des intérêts des particuliers et du pouvoir, de faire règner la justice. Cela découle de son pouvoir de police et de sa puissance judiciaire.

### § VII. — *Argument de Hume*

Le philosophe, David Hume donne comme raison de l'existence de la vie en société, la protection des individus les uns contre les autres, en un mot la cessation du droit du plus fort, l'établissement de l'égalité, au moins de l'opportunité dans le règne de la justce. Platon disait déjà que l'objet essentiel du législateur est de trouver le point qui importe le plus pour le

bonheur de tous ; la justice, pour mériter son grand nom, doit embrasser la société entière, ne pas fournir des avantages à quelques-uns, mais à tous, ne pas être la servante des puissants, mais des humbles, n'oublier personne et n'oublier aucun besoin, exiger le concours de tous, mais dans la limite des fornes de chacun, pénétrer l'organisation sociale comme un fluide bienfaisant portant la santé et la joie.

SECTION B

## Étude de la deuxième proposition

Le droit national c'est le droit naturel, le droit le mieux qualifié pour régir les rapports juridiques des régnicoles.

Les raisons invoquées par la théorie de Mancini pour soutenir la prééminence de la loi du national sur la loi domiciliaire sont nombreuses. Il nous suffit d'en citer quelques-unes :

1. — *La souveraineté personnelle.* Cela ressort des études que nous venons de faire sur l'État et la souveraineté. Bluntschi a dit que l'État c'est la personne politique organisée de la nation. Déjà Rousseau a constaté que le souverain n'est formé que des particuliers qui le composent. Il est donc tout naturel que cette volonté collective s'impose aux individus lors de leur séjour à l'étranger.

2. — *La compétence diplomatique de l'Etat* (1). Les individus, une fois lésés s'adressent à leur état, deman-

(1) Un écrivain célèbre résume la nature, l'origine et la fonction de l'État dans les termes suivants :

L'État n'est ni une autorité, ni un contrat libre et individuel ; il est le contrat universel imposé par la justice telle que la conçoivent plus ou moins clairement les citoyens. En fait l'État se trouve constitué par la nationalisation progressive des coutumes sociales et des aspirations générales ; et il a pour mission de faire respecter à l'intérieur par les citoyens, à l'extérieur par les autres États, cette justice. Il n'est ni oppresseur, ni serviteur des individus : il est le gardien des lois et des droits et de leur progrès, le tuteur moral des citoyens.

dant qu'il vienne à leur secours, c'est lui seul qui peut réclamer la cessation de l'injustice imposée par une autre puissance. L'État du ressortissant est le seul qualifié pour demander des explications ou des excuses et des dédommagements de tout ce qu'on inflige aux nationaux expatriés. Il est donc juste et naturel et comme un complément logique de ce pouvoir de tutelle que son droit continue à régir les nationaux tant qu'il n'y a pas conflit avec les intérêts supérieurs de l'autre pays. C'est ce que constate la théorie italienne. C'est seulement dans le domaine où la sûreté et la sécurité publique communément connu sous le nom de règles d'ordre public, ne sont pas en jeu, que l'on doit faire appel au droit national.

3. — *La nationalité est un élément constitutif de notre personnalité.* C'est le droit national qui détermine notre état. Au moment de la naissance on acquiert cette nationalité, on est affilié à la communauté. On reçoit la nationalité de ses parents, on la transmet à ses enfants. Les Romains, très fiers de leur qualité, n'acceptaient ordinairement pas un autre moyen pour l'acquérir que le *jus sanguinis.* Le vote du peuple dans une assemblée extraordinaire, était nécessaire pour octroyer la nationalité romaine. Le même phénomène se trouve en droit anglais : l'étranger qui n'avait pas *inheritable blood,* ne pouvait accéder à la nationalité anglaise. Faisant partie de nous, s'incorporant dans notre corps et âme, le droit national est présumé porté par nous même pendant nos absences et nos séjours à l'étranger.

4. — *Un autre point capital : la nationalité est quelque chose de très stable, de permanent sinon d'immuable.*

Le changement de nationalité est chose peu fréquente. C'est un acte réfléchi qui entraine des conséquences très graves ; il est généralement précédé d'une série de formalités, allant jusqu'à l'impossibilité d'opérer la naturalisation. Ainsi dans quelques pays l'allégeance perpétuelle est imposée aux régnicoles ; dans d'autres le national doit au préalable obtenir un permis d'émigration de son pays d'origine. De là résulte que c'est un acte juridique, compliqué, réfléchi et peu fréquent. C'est cette stabilité qui fait que la loi nationale est la seule à laquelle on doive recourir dans tous les cas où une application de la loi étrangère est nécessaire. C'est ce caractère d'immutabilité mitigée qui garantit le tiers contre la fraude.

5. — *La nationalité est quelque chose d'évident que l'on peut facilement découvrir.* Dans la majorité des cas, la nationalité d'une personne est facile à deviner. Elle laisse une empreinte sur le visage des individus. On peut facilement distinguer un *Chinois* d'un *Américain*, mais combien il est difficile, sinon impossible de savoir si cet Américain est domicilié à Constantinople ou à Vienne. Le contractant est excusé s'il ne peut se renseigner sur la loi domiciliaire de l'étranger. Celui-ci peut se comporter comme s'il était domicilié dans un pays autre que celui où il s'est fixé. Rien de matériel, rien d'extérieur ne nous permet de savoir où est son domicile. Au contraire c'est un point capital, qu'un Chinois ne peut pas se comporter comme un Anglais ou un Français. Dans ce dernier cas, si le contractant est négligeant il n'a qu'à s'en prendre à lui-même. Il pouvait deviner que son co-contractant est un étranger et il devait s'informer sur son état

6. — *Les liens intimes qui existent entre les lois et les mœurs, coutumes et tempérament des nationaux.* La nature de la loi est une question très controversée. Certains juristes, les uns soutiennent que le droit n'a pas d'existence absolue, que la nature ne le connait point, qu'il n'est pas inné, mais acquis, en quelque sorte donné par des pouvoirs ou des procédés divers, qu'il dépend d'une volonté humaine ou divine, individuelle ou cllective, libre de la modifier indéfiniment à sa guise. Le droit émane du souverain, individu ou collectivité formant une prétendue élite, un patriarcat, agissant en bien ou en mal, comme il lui convient, et imposant tyranniquement sa volonté *quod principi placuit, legis habet vignorem. Nos jura condidimus et auctoritatem damus juribus, non jura nobis.* La loi, le droit, est alors l'expression de la force régnante : *Legibus vivimus sed supra leges sumus.*

Il va presque sans dire que le droit est alors, le plus souvent l'expression des intérêts de celui ou de ceux qui détiennent le pouvoir. Io ne prend quelque souci des masses que dans la mesure où la négligence à leur égard compromettrait le pouvoir lui-même.

Les défauts de cette école autocratique soutenue par Austin (*Lectures on jurisprudence*) résultent de son exposé même.

La doctrine de Mancini est tout autre.

§ VIII. — — *Lien entre les lois et les mœurs.*

Les lois, dit Mancini, sont faites bien moins pour un territoire déterminé que pour une population déterminée ; la preuve en est que l'on peut concevoir un état dépourvu de territoire (ce fut le cas pour les tribus barbares qui envahirent l'empire romain) tandis qu'un état sans sujets est une chose inconcevable. Chaque souverain légifère donc pour ses sujets, et, par suite, il est naturel que ceux-ci soient régis, en tout lieu, par les lois faites à leur intention. La logique veut d'ailleurs qu'il en soit ainsi. Les lois faites pour régir les nationaux ont été édictées en considération des qualités physiques et morales, des mœurs, et des besoins des régnicoles même quand ils se trouvent dans un pays étranger, caf ce sont des lois qui leur conviennent le mieux, puisqu'elles ont été faites pour eux. Le droit, le « *norma agendi* » qui est le véritable cachet, la condition *sine qua non* de la vie sociale est une discipline d'intérêts inspirée, des idéals de la société, où elle est élaborée. Les intérêts et les idéals d'une société de type militaire sont différents de ceux d'une société de type industriel ; différentes prétentions sont garanties, différentes responsabilités sont sanctionnées dans la première et la seconde. Le droit national est donc le reflet des conditions de la société et des idéals dominants, de la position respective des différentes classes sociales. C'est donc la raison, la logique, et le bon sens qui nous obligent à appliquer à tous les rapports des nationaux leur loi personnelle qui est, en fait, leur idéal, soutenu par la force.

Ce lien intime entre les lois et les mœurs et les tem-

péraments des nationaux est soutenu de nos jours, par un grand nombre de juristes M. Jèze en particulier. La loi pour cet auteur n'est que l'expression de la manière d'être d'une société à une époque déterminée (1). Les individus en s'expatriant ne rompront pas définitivement avec les mœurs et les habitudes de leur pays. Ils gardent à leur insu beaucoup d'idées et de coutumes nationales. L'étranger vivant dans une société autre que la sienne ne s'assimile pas aux nationaux et ne renonce pas à ses propres mœurs et croyances, d'où on peut conclure qu'il y a une nécessité pour un pays, de laisser une place au droit national de l'étranger.

Quant à la théorie anglaise du domicile, elle est en contradiction avec la réalité. Elle n'est autre chose que le matérialisme géographique. A notre avis, un esprit impartial constate que les étrangers dans tous les pays, ne cessent pas de partager la conscience sociale de leurs compatriotes, dans le pays natal. L'influence des milieux géographiques est très médiocre en comparaison de l'influence de la race et des antécédents historiques dont les ancêtres étaient les martyrs. Qui peut nier que les Juifs malgré leur dispersion, n'aient jamais cessé de se faire une communauté indépendante, inassimilable, dans le sein des autres États ? Les milieux géographiques n'ont-ils pas exercé sur eux une influence plus superficielle que réelle? Qui peut nier que grâce aux règles de droit on soit arrivé à découvrir les mœurs, coutumes et institutions des civilisations passées ?

---

(1) Voir *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence de* 1897, p. 388-389.

### § IX. — *Nécessité de recourir au droit national de l'intéressé*

Donc le recours au droit étranger est nécessaire et même indispensable pour une bonne administration de la justice. L'application des lois étrangères ne met pas toujours en péril les droits de la souveraineté territoriale. Sans doute celle-ci a le droit strict et le devoir de protéger contre toute invasion législative étrangère, les intérêts généraux et les mœurs de la nation qu'elle gouverne ; de défendre ce que nous appellons « l'ordre public international ». La théorie italienne fait à la souveraineté une part aussi grande que le font les statutaires, puisque, par la notion de l'ordre public, on limite l'application des lois même exclusivement relatives à la personne. Cette théorie marque la suprématie de l'homme sur les choses, et réclame, pour la solution des conflits de législation, l'établissement d'un principe de droit supérieur à la courtoisie, à la tolérance de la souveraineté territoriale.

### § X. — *Lien accidentel et éphémère du domicile*

Le bien qui unit une personne à son domicile est éphémère et passager. Le choix du domicile est une question de pur hasard. On peut choisir un pays comme domicile, en même temps que l'on répugne aux idées, coutumes et mœurs de ses habitants. Le déplacement des étrangers d'un pays à l'autre n'indique pas un changement de nationalité et une abjuration de leur patrie. Beaucoup, parmi ceux qui s'expatrient, rendent à leur pays des services plus pré-

cieux que ceux qui y restent sédentaires. Faut-il donc conclure que, malgré ces signes très saillants de leur attachement à leur patrie, ils seront dorénavant censés nationaux du pays de domicile ? A notre avis les faits démentent une conclusion pareille. Pourquoi donner une mobilité fâcheuse à notre statut personnel ? Pourquoi permettre aux individus par un simple acte capricieux et peu réfléchi, de changer une partie importante de leur personnalité ? Il suffit de se rappeler ce que disaient les statutaires des statuts personnels pour apprécier l'importance de la matière : « elles (les lois personnelles) tiennent plus qu'à nos os, elles circulent dans nos veines avec notre sang ». Donc la théorie des adversaires de la nationalité repose sur une fiction malencontreuse qui est très hypothétique et sans fondement.

Déjà Mancini a donné une réponse très catégorique pour couper court à la discussion. L'individu (dit-il) venant des pays froids, où la nature est alanguie et le développement des facultés physiques et morales est tardif, reste avec raison, d'après les lois de son pays, dans un état de minorité et d'incapacité pour un temps plus long qu'il ne le serait d'après les lois d'un pays chaud, vivifié par le soleil du Midi. Si en voyageant il arrivait dans un pays du Midi et y fixait sa demeure, acqueraait-il instantanément, par ce fait, les qualités physiques et morales qui lui manquent pour qu'il soit majeur et capable ?

SECTION C

## Distinction entre la personnalité moderne et la personnalité barbare

### § I. — *Personnalité barbare*

Les auteurs hostiles à la théorie que nous soutenons lui reprochent d'être un recul de la science vers l'époque barbare. A cette époque, à raison de la juxtaposition sur le même territoire des races disséminées, un mélange confus qui ne tarda pas à passer dans les institutions s'est épanoui. Le droit cessa d'être territorial, chacun vécut sous sa loi propre.

### § II. — *Importance de l'idée de race dans le droit barbare*

Il y avait là, dit M. Brocher (p. 34 et suiv.), deux grandes manifestations : 1° l'idée de l'origine l'emportait plus que jamais sur celle du domicile ; 2° Cette idée subissait elle-même une modification profonde, s'affranchissant des limites étroites de la municipalité romaine, elle se rapprochait des nationalités modernes. Il y manquait une chose, toutefois : le territoire et c'était beaucoup.

### § III. — *Généralité du système*

Le système de la personnalité des lois barbares comprenait toutes les lois même les lois pénales, tandis que la personnalité moderne ne concerne que les

lois d'intérêt privé ; dès qu'il y a un intérêt social en cause, comme en matière pénale, l'étranger est régi par la loi territoriale.

Pendant cette période reculée le droit variait d'après la race et non d'après les États comme cela a lieu avec la notion moderne. Un point capital, que nous devons aussi mettre en relief, c'est que dans le droit barbare les particuliers avaient quelquefois le choix du droit d'après lequel ils voulaient vivre. Ainsi les femmes pouvaient opter entre leur droit national et celui du mari. Les enfants naturels dont le père était inconnu, pouvaient également se choisir une loi personnelle. A l'époque où cet état de choses prévalait, l'application de la loi personnelle n'était que le reflet de l'esprit individualiste du temps. Aujourd'hui nous réclamons le recours au droit national dans la mesure du possible au nom de la solidarité qui unit les individus à leur patrie.

Donc la personnalité des lois barbares était intervenue dans le conflit des lois dans le même pays, c'est-à-dire dans le conflit des lois d'un pays soumis au même pouvoir politique : la nouvelle personnalité intervient dans le conflit des lois de plusieurs pays régis par un pouvoir politique distinct, indépendant ; l'une s'appliquait à une question de droit interne, l'autre s'applique à une question de droit international.

### § IV. — *Le conflit des lois est un conflit des souveraineté d'après Lainé*

L'ancienne personnalité des droits écrit Laîné, dans son « Introduction au Droit International »,

(t. I, p. 65), étant autre chose que la coéxistence paisible sous le même empire politique, sur le même territoire, des lois parallèles et exerçant dans sa sphère, et sur ses sujets propres, une autorité absolue, la nouvelle personnalité du droit apparait comme le résultat d'un choc de deux souverainetés, comme un empiètement de l'une sur l'autre, comme l'effacement de la loi locale devant les lois étrangères.

§ V. — *Rejet de cette conception par l'auteur*

Ainsi l'auteur voit dans le conflit des lois civiles modernes un conflit de souveraineté, une invasion sur un territoire ennemi. Il est heureux de constater qu'il a changé son opinion plus tard et qu'il s'est rallié à la doctrine la plus acceptable : celle de l'école italienne. Ainsi il dit « l'idée que les souverainetés étrangères imposent, en France, leurs lois, doit être repoussée comme incompatible avec le principe de l'indépendance respective des états ». (voir Laîné, *Considérations sur l'Exécution forcée des Jugements étrangers en France*, revue critique 1902, p. 626).

La personnalité des lois dans la période barbare résultait de la co-existence des deux éléments sur le territoire français dont chacun avait son droit qui se présentait dans des conditions toutes spéciales : le droit romain, fruit d'un long développement *pouvait* sembler au bout de sa carrière, on *pouvait* s'attendre à le voir sombrer et disparaitre avec le peuple dont il était la principale manifestation ; le droit germanique se trouvait encore à l'état rudimentaire, et il semblait avoir l'avenir pour lui ; mais il était insuffisant pour une société déjà parvenue à un certain degré de déve-

loppement. Fondre l'un avec l'autre deux éléments aussi peu semblables, n'était pas possible. Faire dominer l'un ou l'autre exclusivement présentait de grandes difficultés ; on prit le parti de laisser chacun régir les populations qui lui était originairement soumises. Si ces populations avaient occupé chacune un territoire spécial, un tel état de chose, n'eut rien eu d'extraordinaire mais il n'en était rien, les vainqueurs ne s'étant pas assimilés aux vaincus, il en résultat ce qu'on appelle le régime de la loi personnelle qui ne devait pas être complètement nouveau pour les bandes envahissant et dont en retrouvera quelques traces dans le droit romain.

# CHAPITRE III

## *Locus regit actum*

*La règle, sa justification, son origine, système de Burgudus, système de Bouhier, l'efficacité de la règle est à raison de sa valeur internationale, les diverses sortes des formalités : les formalités habilitantes intrinsèques, extrinsèques et d'exécution ; restriction de la règle aux formalités extrinsèques.*

*L'étendue de l'application de la règle : les formalités ad solemnitatem et les formalités ad probationem. Doctrine de Bouhier et sa critique par M. Weiss. Doctrine transactionnelle de M. Laurent.*

*Les tempéraments à l'application de la règle* (1) *Interdiction de la loi nationale* (2). *Fraude à la loi* (3) *les formes qui intéressent le crédit public ou qui sont établies pour la sécurité des tiers : publicité des mutations immobilières, situation fictive et réelle des meubles : patrimoine fonds de commerce, navire* (4), *le cas où l'acte est destiné dès le début à être exécutoire dans un pays déterminé.*

*Caractère obligatoire ou facultatif de la règle, points certains : 1° diversité de nationalité ; 2° acte authen-*

*tique. Question controversée pour les actes privés, système de Loiseau : distinction entre les actes qui intéressent l'état et ceux qui intéressent le patrimoine. Système de M. Weiss ; système de M. Valéry, des statutaires et des Anglo-Américains. La soumission volontaire, la souveraineté territoriale donc la règle pour M. de Vareilles-Sommières est facultative pour les nationaux, obligatoire pour l'étranger, argument de Valéry : les règles de forme ou de preuve sont d'ordre public.*

SECTION A

## Introduction

### § I. — *La règle*

Cette règle, qui dérive de la coutume internationale est universellement reconnue. En vertu de cette règle célèbre tout acte revêtu des formes prescrites par la loi du pays où il a été fait, est valable, au point de vue extrinsèque, dans tout autre pays. La pratique qui a suscité cette règle est justifiée par les raisons suivantes :

*a)* La facilité pour tout le monde de se renseigner et se conformer aux exigences de la loi locale.

*b)* L'impossibilité matérielle de se conformer aux prescriptions de la loi nationale dans certains cas.

*c)* Le respect des droits acquis, doctrine universellement reconnue et consacrée à maintes reprises par des dispositions législatives.

*d)* L'impossibilité juridique de choisir une loi, mieux qualifiée que la loi locale dans certaines hypothèses. Ces hypothèses sont très fréquentes : lorsque plusieurs contractants appartenant à diverses nationalités se trouvent sur le territoire d'un État tiers, la règle *Locus regit actum* s'impose nécessairement.

*e)* L'ignorance du pays où l'acte sera exécuté est une justification très solide pour permettre à ceux

qui l'invoquent de nè pas suivre les formes de la *lex loci solutionis*. Pour la même raison, lorsqu'un acte est destiné à être exécuté dans plusieurs pays les tribunaux doivent considérer l'acte comme ayant revêtu les formalités requises, toutes les fois que la forme en usage dans le pays où l'acte a été passé, a été respectée.

*f)* D'après la doctrine statutaire la règle s'impose aux parties contractantes à raison de la soumission tacite au souverain local. C'est aussi la raison invoquée de nos jours par les publicistes anglo-américains.

## § III. — *Son origine*

Les auteurs rattachent l'origine de cette règle au code de Justinien et le digeste dans les lois 6 *de evictionibus* (XXI, 21e pr.); *de usuris* (XXII, 1-34); *de regulis juris* (4, 17).

Mais ce sont les post-glossateurs qui l'ont appliquée pour la première fois, à divers actes juridiques. C'est au sujet de testament qu'ils ont été amené à discuter la question. Il s'agissait de savoir si l'étranger qui fait un testament selon les formes locales, fait un acte qui sera universellement reconnu même dans le pays où les biens qui font l'objet du testament peuvent être situés.

D'après l'article 13 de l'édit perpétuel de 1611, le testateur doit suivre les formes imposées par la loi de la situation des biens.

Cependant la convenance de la règle surpassa les obstacles, et la doctrine comme la jurisprudence, finirent par admettre comme incontestable la validité

internationale du testament fait suivant les lois du lieu où se trouve le testateur (1).

§ IV. — *La règle relève de statut personnel ou réel*

La règle, une fois admise, fut généralisée. Les statutaires, enfermés dans leur distinction fondamentale des statuts réels et personnels, devaient à tout prix y faire une place à la règle *Locus regit actum.* Très gênés, leurs avis se partagèrent.

Certains comme Burgundus et Rodenburgh, rangeaient les formes dans les statuts réels, soit seulement lorsqu'elles concernent les immeubles, soit en général et sans restriction, comme Raviot et Bullenois.

Bouhier essaie de faire du statut des formes une sorte de statut personnel et il invoque comme raison cette circonstance que les actes ainsi faits sont reconnus partout pour valables. L'auteur semble confondre l'exterritorialité du statut qui lui permet de s'imposer même au delà des limites de l'État de la législation duquel il fait partie, et cette propriété qu'à un acte conforme à la législation compétente de valoir partout.

§ V. — *L'efficacité de la règle est à raison de sa valeur internationale*

« La validité internationale d'un acte juridique, dit M. Pillet, ne se rattache nullement au statut personnel

---

(1) Voir Lainé.

en particulier ; elle est la condition indispensable à l'établissement de toute communauté juridique fondée sur l'application harmonique des diverses lois positives. Il suffit qu'un acte soit internationalement valable pour qu'il produise ses effets en tout lieu ; il y a équation exacte entre ces deux propositions, et en dehors d'une semblable équation aucun droit international privé ne pourrait exister. Le statut réel aussi bien que le personnel, assure aux actes faits en conformité de ses dispositions, la validité internationale, et, si cet effet général est ici moins sensible, c'est uniquement parce que les droits acquis sur les immeubles sont, en vertu d'une loi de compétence juridictionnelle générale, apprêciés par le tribunal de la situation de ces immeubles.

« Les principes n'en existent pas moins et précisément l'exemple des lois sur la forme des actes leur donne une éclatante confirmation. Voilà des lois qui en vertu de l'assentiment général sont invocables, sans distinction, par toute personne , qui possèdent donc à ce point de vue la caractéristique du statut réel, et partout il n'est pas douteux que l'acte fait en conformité de la *lex loci actus* a une validité générale. Comment expliquer cette anomalie, si l'on n'admet pas que cet effet général est attaché non pas spécialement au statut personnel, mais à tout droit acquis en conformité des lois compétentes ? »

### § VI. — *Diverses sortes de formalités*

A quels éléments de l'acte juridique la règle est-elle applicable ? On peut distinguer, comme ont fait les anciens auteurs, quatre sortes de formalités :

1° Les formalités habilitantes, qui relèvent de notre statut personnel.

2° Les formalités intrinsèques ou les conditions d'existence de l'acte.

3° Les formalités extrinsèques ou instrumentaires, c'est-à-dire les conditions de forme nécessaires, soit pour permettre de faire la preuve d'un acte, soit même pour le rendre valable : celles par exemple dont la loi exige l'accomplissement pour la validité du mariage, du testament, de la lettre de change.

4° Les formalités d'exécution, qui sans toucher à la validité de l'acte lui-même, sont nécessaires pour qu'il puisse être exécuté, soit par exemple l'apposition de la formule exécutoire.

A vrai dire, les formalités habilitantes et intrinsèques ne sont pas des formalités ; ce sont les conditions nécessaires à l'existence et à la validité de l'acte juridique dans lequel elles se rencontrent. Quant aux formalités d'exécution, elles ne concernent que la procédure applicable à l'exécution d'un acte qui, sans elles, n'en serait pas moins valable *ab initio* ; il n'y a donc comme formalités véritables que les formalités extrinsèques.

SECTION B

## Étendue de l'application de la règle

Il appert de ce qui a été dit ci-dessus que le champ d'application de cette règle est bien rétréci. Elle ne se réfère qu'aux formalités extrinsèques.

Mais parmi celles-ci il y a des formalités qui sont requises non *ad probationem*, mais *ad solemnitatem*, c'est-à-dire sous la sanction de leur nullité. Reste à savoir si la règle est aussi valable même dans le cas où les formalités sont requises, même *ad solemnitatem*.

### § I. — *Doctrine de Bouhier*

D'après certains auteurs l'acte sera nulle ; la solennité est un élément intrinsèque *de l'état*, une protection accordée par la loi au national contre les surprises qu'un acte sous seing privé pourrait lui réserver, et dès lors il ne peut être question de faire bénéficier cet acte d'une règle uniquement relative à ses formes extérieurs, n'ayant d'autre but que de garantir la libre expression de la volonté des parties en cause, et de faciliter la démonstration de cette volonté (1)

### § II. — *Doctrine de Weiss*

M. Weiss fait une objection décisive à cette thèorie : « Ceux qui prétendent soustraire à la règle *locus regit*

(1) Bouhier, *Observations sur les Coutumes de la Bourgogne, ch.* 28, *n°* 15.

*actum* les actes solennels, arrivent en fait à refuser aux étrangers la faculté d'accomplir certains actes loin de leur pays. Peut être en effet, n'existe-t-il sur le territoire où le Français veut opérer sa donation, aucun officier public ayant compétence pour lui donner l'authenticité, et, en admettant même qu'il n'en soit pas ainsi, rien ne prouve que le notaire étranger ne refusera pas son ministère au donateur français, à raison de son extranéité. La solution du problème se rattache donc étroitement au point de savoir quel est le fondement rationnel de la règle *locus regit actum.*

§ III. — *Doctrine transactionnelle de Laurent*

Cette idée qui a prévalu aussi dans la jurisprudence française ne paraissait pas satisfaisante à certains auteurs. Laurent proposait une solution transactionnelle, laissant une part à la règle *locus regit actum* et une part au caractère obligatoire des lois de protection. L'individu, obligé par sa loi nationale de passer en la forme authentique un certain acte juridique, ne cesserait pas d'être tenu de faire cet acte en la forme authentique, mais il pourrait se servir du ministère des officiers publics étrangers et, par une suite nécessaire, des formes prévues par la loi du lieu où ils instrumentent. Cette solution n'a pas trouvé de faveur, ni dans la doctrine, ni dans la pratique. Il est en effet difficile de séparer la solennité des formes qui la constituent et on peut penser que l'emploi de formes étrangères ne répond pas suffisamment au but du législateur qui a exigé la solennité. Surtout il a paru que cette exigence diminuait, dans une mesure inquiétante, la liberté de l'expatrié.

SECTION C

## Tempéraments à l'application de la règle

### § I. — *Interdiction de la loi nationale*

I. — Une première restriction est la suivante : il est possible que la loi d'un pays interdise à ses nationaux de dresser un acte dans une forme admise par la loi de la contrée où ils se trouvent. Il n'y a pas dans la loi française, de dispositions de ce genre, mais il est différement dans certaines législations étrangères. Ainsi le code civil néerlandais défend en principe aux Hollandais résidant à l'étranger, de tester en la forme olographe. Signalons encore la loi russe qui défend à ses sujets de faire un testament verbal dans ceux des pays où cette forme est autorisée. M. Surville et Arthuys pensent que les tribunaux de tous les pays doivent faire respecter ces sortes de prohibitions. Elles émanent en effet de lois qui ont le droit de commander à leurs nationaux à l'étranger et de restreindre leur capacité. (1).

### § II — *Fraude à la loi*

II. Une seconde exception (1) est celle de la fraude à la loi. Il y a fraude à la loi, toutes les fois qu'un acte est fait avec l'intention de soustraire cet acte à l'application des règles auxquelles le législateur a entendu

---

(1) V. en ce sens, Weiss *Traité* t. IV, p. 635, 636, II[e] édition.

le soumettre. La question se pose de savoir si un pareil acte devra être tenu pour valable par les tribunaux, ou si, au contraire, ils ne devront pas lui refuser la sanction de cette loi en violation de laquelle il a été fait. Cette question a engendré la théorie de la fraude à la loi dont les applications sont fréquentes en droit international privé et plus particulièrement en ce qui concerne la forme des actes. C'est que souvent, lorsque les exigences de la loi appelée normalement à régir un acte, paraissent gênantes aux personnes entre lesquelles il doit intervenir, ces personnes seront tentées de mettre à profit la règle *locus regit actum* pour aller accomplir cet acte dans un pays étranger où sont en vigueur des dispositions législatives moins rigoureuses. Ainsi on verra des français sortir de la France pour éviter, soit de se soumettre aux formalités dont le code Napoléon a entouré la célébration du mariage, soit d'avoir à comparaitre devant un notaire pour faire dresser un contrat de mariage ou une donation, soit d'être obligé de remplir pour la constitution d'une société par actions, toutes les conditions énumérées par la loi du 24 juillet 1867. Dans les cas de ce genre, le but poursuivi est évidemment d'éluder les prescriptions de la loi française, et, de pouvoir en revanche en invoquer le bénéfice, lorsque cela sera utile. Mais ce but est-il licite ? Les tribunaux ne devront-ils pas s'y opposer en considérant, comme dénué de toute valeur, l'acte fait en fraude de la loi qu'ils sont chargés de faire respecter. Telle est la question qui se pose. Les anciens auteurs, s'inspirant de la maxime fondamentale *Fraus omnia corrumpit*, étaient unanimes pour proclamer la nullité de l'acte fait en fraude de

la loi, et de nos jours, la jurisprudence n'a jamais manqué de se conformer à cette doctrine. Aujourd'hui, cependant, elle est attaquée par des auteurs aussi nombreux que considérables. Voici par quels arguments :

*a)* Du moment que la personne qui se trouve dans un pays étranger a le droit, en vertu de la règle *locus regit actum*, de donner aux actes qu'elle est amenée à y faire, les formes prescrites par cette loi, elle agit correctement et ne fait rien de répréhensible quand elle use de ce droit, alors même qu'elle ne serait sortie de sa patrie que dans la pensée d'accomplir l'acte dont il s'agit : *Neminem laedit qui suo jure utitur* ;

*b)* Pour pouvoir critiquer un acte comme fait en fraude de la loi, il est nécessaire de scruter les intentions de ses auteurs afin de vérifier si le désir d'échapper à l'application de la loi qui aurait dû régir normalement l'acte, a bien été la seule raison pour laquelle il a été passé dans un pays étranger. Or, quelles difficultés cette recherche des intentions véritables des parties ne soulèverait-elle pas ? De quels abus le juge, investi d'un pouvoir discrétionnaire, pourrait se rendre coupable en se livrant à une pareille recherche.

Mais la majorité des auteurs français, fidèles à la tradition et à la théorie jurisprudentielle, repousse cette manière de voir et persiste à ne pas considérer comme valable, l'acte fait à l'étranger en fraude de la loi française. Comment admettre effectivement que nos tribunaux aient à trahir les ordres du législateur dont ils sont les ministres en prêtant la main à des

combinaisons qui visent à éluder les dispositions de cette même loi qu'ils ont la mission de faire respecter ? Devraient-ils donc se rendre les complices de ceux qui cherchent à la violer. Quant au fondement donné à la théorie contraire, il ne consiste, en réalité, que dans un pur sophisme. On dit que la règle *Locus regit actum* autorise, sans distinction, toute personne qui réside dans un pays étranger à suivre les formes établies par la loi locale. Mais on oublie que cette règle a pour raison d'être la nécessité où se trouve cette personne de se conformer à la loi étrangère ; dès lors, elle est inapplicable à ceux qui sortent de leur pays uniquement pour éviter de remplir les formalités dont sa législation requerrait l'accomplissement. Quant à dire que l'obligation, d'avoir à rechercher le mobile auquel les auteurs d'un acte ont obéi en se rendant à l'étranger pour le passer, constitue un obstacle à peu près insurmontable à l'application de la théorie de la fraude à la loi ; ce n'est pas raisonnable, car en matières criminelles, les juges ont constamment à s'enquérir des intentions qui ont animé les auteurs d'actes tombant sous le coup de la loi pénale, et en matières civiles rien ne s'oppose à de pareilles investigations. Enfin, comme le disait très justement Sir William Phillimore à la Conférence de l'Association de droit international tenue à Glasgow en 1901, grâce au système que nous combattons une personne qui a les moyens de se transporter hors de son pays aurait toujours la faculté d'échapper à l'application de la loi qui la régit ; les pauvres seuls seraient soumis à subir son joug. Nous conclurons donc en disant que, lorsqu'un acte a été fait à l'étranger en fraude de la

loi, il ne doit pas être reconnu comme valable, et cela alors même que les tribunaux du pays où il a été fait proclameraient sa validité.

### § III. — *Formes qui intéressent le crédit public ou établies pour la sécurité des tiers*

III. — Une troisième exception à l'application de la règle, c'est que toutes les formes intéressant le crédit public, et établies pour la sécurité des tiers, doivent être déterminées par la *lex rei sitae*. Bar parait bien faire allusion à cette catégorie de formes lorsqu'il présente la règle *Locus regit actum* comme inapplicable en matière de droit des choses (1). Pillet remarque que cette affirmation parait cependant un peu absolue. N'est-il pas préférable de distinguer dans une translation de propriété, par exemple, les rapports des parties entre elles, auxquels rien n'empêche d'appliquer notre règle, de leurs rapports avec les tiers qui sont hors de son domaine et appartiennent bien certainement au ressort de la *lex rei sitae*. En matière mobilière, il est vrai, ees deux points de vue tendent à se confondre, d'où cette conséquence que tout mode d'acquisition, parce qu'il intéresse les tiers, tombe sous l'empire de la *lex rei sitae*.

### § IV. — *Publicité des mutations immobilières*

Les lois de publicité des mutations immobilières intéressent d'une part, au plus haut degré, l'organi-

---

(1) Von Bar, *Théorie und Parxis*, t. I, p. 6 5 et s.

sation économique nationale et, d'autre part, constituent un bloc dont toutes les parties sont dans un état d'interdépendance réciproque, de telle sorte que l'on ne peut toucher à l'une d'elles sans nuire au bon fonctionnement de tout le mécanisme. La loi a fait une application très intéressante et quoi qu'on en ait dit, très rationnelle de cette idée en disposant dans les articles 2127 et 2128 du Code civil, qu'en principe une hypothèque ne peut être constituée que par un contrat passé devant un notaire français et dans les formes prescrites par la loi française : il importait, en effet, et que le constituant fut éclairé, par l'officier public français appelé à rédiger l'acte, sur les conséquences qui en résulteraient, et que cet acte fût dressé dans des formes telles que le Conservateur des hypothèques pût procéder sans hésitation ni difficulté à l'inscription exigée par la loi.

§ V. — *Situation fictive et réelle des immeubles*

Pour la propriété mobilière, il faut toujours se conformer aux exigences de la loi de leur situation dans tous les cas où le crédit public ou l'intérêt d'un tiers est en jeu. La situation de ces biens est tantôt réelle, tantôt fictive. Dans ce dernier cas, c'est la loi de la situation fictive qui est seule compétente. Les principaux de ces cas sont les suivants :

*a)* Le patrimoine d'une personne envisagé dans son ensemble, constitue une universalité de biens dont le siège est placé là où la personne est réputée concentrer tous ses intérêts pécuniaires, c'est-à-dire là où elle a son domicile. En conséquence, les actes relatifs à cette universalité devront présenter les formes

requises par la loi du domicile de la personne à qui ce patrimoine appartient, et non pas celles qu'établit la loi de la situation de chacun de ces biens.

*b)* Il n'est pas douteux, surtout depuis la loi du 17 mars 1909, qu'un fonds de commerce, est réputé situé là ou se trouve placé le centre de l'exploitation commerciale dont il fait l'objet. En conséquence, quel que soit le pays où viennent à se produire des actes concernant un fonds de commerce situé en France, quel que soit la situation de fait des divers bien compris dans ce fonds, des actes doivent réunir les conditions de forme exigées par la loi française.

*c)* Tout navire d'après le droit maritime est réputé être domicilié, en quelque sorte, à son port d'attache.

Notons que cette règle (le respect dû à la *Lex rei sitae*) est d'une application générale. On ne distingue pas entre un droit réel ou personnel, mobilier ou immobilier tant que les formalités requises intéressent les tiers. La date certaine, la transcription, l'inscription relèvent de l'ordre public et deviennent fatalement obligatoire.

### § VI. — *Cas où l'acte est destiné dès le début à être exécutoire dans un pays déterminé*

IV. — Une quatrième exception à la règle est la compétence attribuée à la loi de l'exécution à l'exclusion de la loi du pays où le lien contractuel s'est formé (*lex actus*) dans le cas où l'acte est destiné dès le moment de sa confection a être exécuté dans ce pays. M. Valéry dit : « Lorsqu'un acte est destiné à produire ses effets en France, il doit réunir, alors même qu'il ne donnerait pas lieu à la rédaction d'un acte authen-

tique les conditions de forme prévues par la loi française. Il y a là une conséquence du principe que nous avons formulé en tête de nos explications sur les questions de formes (n° 384) nous avons déjà signalé les explications que ce principe comporte en ce qui concerne les actes relatifs des biens situés en France (n° 395). Les raisons alléguées pour justifier ces applications peuvent être reproduites ici. Comment admettre, effectivement, qu'un acte fait sur le territoire français et qui ne pourra être rendu efficace qu'en vertu des dispositions de la loi française et grâce à l'intervention des autorités chargées de les appliquer, puisse être fait sans que les formes prescrites par cette loi soient respectées ? Il serait inconcevable, par exemple qu'une société créée en France entre des étrangers pût y avoir une existence reconnue bien que sa formation n'eût pas été constatée par la rédaction d'un écrit (art. 1834) ou bien, s'il s'agit d'une société commerciale, qu'elle n'eût pas été accompagnée des diverses formalités auxquelles la validité des sociétés de ce genre est subordonnée (1).

La doctrine anglo-américaine est éminemment favorable à cette solution. D'après Phillimore (2), il serait préférable que la forme de l'acte fût déterminée par la loi du lieu où l'obligation qu'il contient doit être exécutée. S'il accepte la règle *Locus regit actum*, c'est,

(1) Valéry n° 400.
(2) T. IV, n°r 625, 628, 648.

dit-il, parce qu'elle est consacrée par la tradition. Story rapporte une décision judiciaire posant en règle qu'il faut suivre la loi du lieu où le contrat doit être exécuté, si cette loi diffère de celle du pays où l'acte est passé. Dans le même sens Westlake (1).

---

(2) V. en ce sens Valéry, p. 546 ; Dreyfus, p. 193 ; de Vareilles Sommières, nº 1038.

SECTION D

## Caractère obligatoire ou facultatif de la règle

Il n'y a pas de doute parmi les publiscistes sur le caractère obligatoire de la règle *Locus regit actum* dans les cas suivants :

### § I. — *Diversité de nationalité*

1. Diversité de nationalité, soit que l'acte privé mette en présence un étranger et un indigène du pays où il est passé, soit qu'il y ait en cause deux étrangers de nationalité distinctes, la règle *Locus regit actum* est impérative. Cela résulte de la force même des choses, car dans cette hypothèse, il n'est pas pratiquement possible d'appliquer en concurrence la loi personnelle de chaque partie, et il n'y a pas de raison pour suivre la loi de l'une d'elles plutôt que celle de l'autre. Il faut donc observer nécessairement la loi locale.

Cette règle d'évidence n'est pas applicable en Égypte. Les étrangers dans ce pays peuvent avoir recours à leurs formes nationales même dans le cas où ils sont de nationalités différentes. On trouve le Consul de France au Caire investi de plein pouvoir de célébrer le mariage d'un Français même avec une Égyptienne. Le mariage sera valable même devant les autorités égyptiennes. Une telle pratique méconnait jusqu'à l'extrême, la souveraineté égyptienne. Les principes élémentaires de droit international condamnent une telle pratique qui est néfaste aux intérêts du pays. La forme locale pour le mariage est

essentiellement civile et il n'y a pas de raisons sérieuses pour que celle-ci ne soit pas d'une application territoriale.

Hors du cas de mariage les tribunaux de ce pays ont insisté plusieurs fois sur le caractère obligatoire de la règle *Locus regit actum* dans le cas de diversité de nationalité. C'est une jurisprudence rationnelle qui est en conformité de la théorie et de la doctrine.

### § II. — *Acte authentique*

2. La règle *Locus regit actum* devient obligatoire toutes les fois que la loi locale nécessite la rédaction d'un acte authentique. L'exigence d'un acte public est dans l'intérêt général et s'impose à tous ceux qui habitent le territoire, comme une règle d'ordre public.

Restent seulement les actes privés et pour ceux-ci il y a divers systèmes.

### § III. — *Système de Loiseau*

1. Système de Loiseau : celui-ci n'admet pas d'une manière absolue le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* ; il propose de distinguer entre les actes qui intéressent l'état de la personne et ceux qui intéressent son patrimoine : « Les premiers, dit-il, à raison de leur importance, de leur rareté, de la longue délibération qui précède et des longs effets qui suivent les conventions que quelques-uns de ces actes constatent, à raison par suite de la certitude toute particulière qu'ils exigent, doivent être soumis à des lois limitativement déterminées : la loi nationale ou la loi du lieu, des conventions diplomatiques ou consulaires réglant la compétence de l'une et l'autre loi.

Quant aux actes intéressant le patrimoine, leur forme serait régie par la loi qu'aurait désignée le choix du disposant ou des contractants, choix exprès, tacite, ou établi à l'aide de présomption. Cette règle écarte toute gêne inutile ou maladroite ; elle concilie les deux idées qui dominent toute la matière : la loi règle la forme des actes, les particuliers doivent trouver dans les règles de forme des facilités, et non des obstacles, pour leurs opérations juridiques.

§ IV. — *Système de Weiss : La solution dépend des motifs*

2. Le système de Weiss, Surville, etc... voit dans la règle *Locus regit actum* une faveur, une dérogation apportée, dans l'intérêt de l'étranger, au droit commun de la personnalité des lois. « De nos jours, disait Portalis pour la justifier, les communications commerciales et industrielles entre les peuples sont multipliées et rapides : il nous a paru nécessaire de rassurer le commerce en lui garantissant la validité des actes dans lesquels on s'est conformé aux formalités reçues dans les pays où ces actes peuvent avoir été faits ». Ainsi fondée sur la nécessité de rassurer le commerce, la règle *Locus regit actum* ne saurait avoir pour conséquence de l'entraver ; elle doit donc être ramenée à ses plus étroites limites, et elle ne peut être imposée à qui n'en veut point. Il est naturel de reconnaitre à l'étranger le droit d'opter, quant à la forme extérieure de ses actes juridiques, entre la loi locale et celle de sa patrie, et d'attribuer ainsi à la règle *Locus regit actum* un caractère purement facultatif (1).

(1) Weiss, p. 107, 3 volume *Conflit.*

M. Survilles et Arthuys sont d'accord sur l'interprétation sus-donnée. Ils disent p. 263« Elle (la règle) s'explique fort bien à nos yeux, tant en fait qu'au point de vue rationnel. Elle repose tout d'abord sur une raison de nécessité pratique inconstetable. Le plus souvent, en effet, il serait difficile, parfois même impossible aux nationaux de suivre hors du pays leur loi personnelle, ou la loi du lieu où sont situés les bien à propos desquels l'acte est rédigé. Qu'une personne appartienne par exemple à une contrée où le testament authentique doit être nécessairement reçu par un juge, et qu'elle se trouve dans un pays où les juges n'ont pas cette compétence qui est attribuée aux notaires, il est certain qu'il lui sera impossible de faire un testament authentique autrement que devant un notaire. Pour les actes sous seing privé, la difficulté pratique est moindre, mais elle n'en existe pas moins. Si ces actes peuvent être dressés par l'intéressé, il peut se faire que celui-ci n'ait pas de connaissances juridiques suffisantes, qu'il ait besoin de s'entourer de renseignements, peut-être même qu'il soit nécessaire de s'adresser pour les rédiger à des hommes d'affaires experts en ces matières. Les renseignements demandés seront fournis d'après la loi locale, les hommes d'affaires auxquels on aura recours pour la rédaction de l'acte sous seing privé le dresseront conformément à cette loi. En outre, et c'est ici surtout qu'elle apparaît inéluctable la règle *Locus regit actum* s'impose et dicte la forme des actes sous seing privé qui intéressent des parties appartenant à des nationalités différentes. Il y a, en effet, aucun motif sérieux de rédiger l'acte en se conformant à la

loi personnelle de l'une des parties plutôt qu'à celle de l'autre.

M. Pillet soutient aussi la même théorie (1).

### § V. — *Doctrine des statutaires*

3. Le système de Valéry, des statutaires et de l'école anglo-américaine. D'aprés tous ces auteurs la règle *Locus regit actum* est une règle obligatoire que l'on ne peut pas écarter dans toutes les circonstances. Mais si tous ces auteurs sont d'accord sur le principe, ils sont loin de s'entendre sur les motifs.

### § VI. — *Opinion de Paul Voet, reprise par les Anglo-Américains*

*a)* Il est des auteurs, l'américain Story notamment, qui prétendent qu'elle est basée sur la soumission volontaire de l'étranger à la loi du lieu où il passe l'acte. Il cite en ce sens l'opinion de Paul Voet,dont l'autorité, comme celle des autres juristes belges et hollandais du XVII$^{e}$ siècle, est grande chez les Anglo-américains ; Story ajoute qu'il serait même plus exact de dire que la loi locale agit sur l'acte indépendamment de la volonté des parties, à raison de principe de la souveraineté de chaque État. Ni l'un, ni l'autre de ces motifs n'est satisfaisant ; si d'abord la règle reposait sur l'idée d'une soumission volontaire des parties à la loi locale, elle ne serait jamais obligatoire pour elles, alors qu'elle l'est au contraire dans certains cas.

(1) *Principes*, p. 468 et *Journal de Cluny* 1891, p. 28.

§ VII. — *Les statutaires invoquent la souveraineté territoriale.*

*b)* Le système des statutaires tel qu'il est exposé par leur champion M. Vareilles-Sommière. Ses explications sont les suivantes (n° 98) :

En ce qui concerne les actes accomplis dans un état et conformément à ses lois, par ses propres sujets, leur validité dans tout autre État se justifie par ce fait évident qu'ils ont été dressés selon la loi que, à cé moment, régissait normalement leurs auteurs. Les autres États, quand ces actes y sont invoqués, ne pourraient les déclarer nuls pour défaut de forme qu'en faisant produire à leurs propres lois, un blâmable effet rétroactif et qu'en déniant par là, en quelque sorte, à la loi étrangère, la souveraineté sur ses propres sujets dans les limites mêmes de son territoire. Si les États ne respectaient le droit évident qu'ont les étrangers à la validité des actes accomplis dans les formes prescrites par la loi à laquelle ils devaient obéissance, une personne quelconque ne pourrait être sûre de faire un acte pleinement valable, qu'en le faisant à la fois dans toutes les formes requises par tous les pays du monde, ce qui serait une intolérable et impraticable servitude.

En ce qui concerne les actes accomplis dans un État par des étrangers, la règle *Locus regit actum* n'est guère moins justifiée.

L'État où l'acte s'effectue a le droit d'assujetir l'étranger qui l'accomplit à ses règles de forme, car cet étranger, pendant qu'il est, et agit sur le territoire, est son sujet. L'État a d'excellentes raisons, comme

nous le verrons, pour user de son droit et pour ne pas renoncer sur ce point aux avantages de l'unité de législation. En tout cas, il n'a aucune raison de ne pas permettre, au moins aux étrangers, de suivre chez lui, les formes qui lui ont paru les meilleures et, comme l'intérêt même de ceux-ci réclame avec force cette permission, il a le devoir de la leur accorder. Leur intérêt le réclame, car, s'ils étaient obligés de suivre les formes usitées dans leur pays d'origine, ils seraient souvent dans l'impossibilité de le faire et d'accomplir d'aucune façon des actes importants et urgents.

D'autre part, l'État d'origine, qui pourrait avoir quelque raison d'obliger à son regard ses sujets expatriés à suivre les formes qu'il prescrit chez lui, doit en principe s'abstenir de le faire et admettre la validité des actes accomplis par eux, dans la forme de la *lex loci actus* : car, comme on le remarquait à l'instant, il arrivera fréquemment qu'il soit matériellement impossible d'observer à l'étranger les formes usitées dans le pays d'origine. Comment se marier devant un officier de l'état civil, comment donner ou hypothéquer devant notaire dans un pays où il n'a y pas d'officier de l'état civil ou de notaire.?

A la vérité, pour certains actes, notamment pour les actes sous seing privé, il serait possible aux sujets de satisfaire en pays étrangers aux règles de formes posées dans leur patrie. Mais dans le milieu où ils vivent actuellement ils sont excusables d'avoir oublié ou d'ignorer ces règles ; ils sont portés à faire comme on fait autour d'eux, s'ils se perdaient dans la distinction qui serait établie entre certains actes, et certains autres, ce serait semer de pièges, le terrain où ils

marchent, que de déclarer nuls, aux yeux de leurs pays, les actes qu'ils auraient pu dresser conformément à leur loi nationale et qu'ils ont dressés selon la loi étrangère.

Les deux Etats dont ils sont sujets doivent donc admettre la validité des actes, de tous les actes qu'ils accomplissent dans les formes établies par celui sur le territoire duquel ils se trouvent. Et dès lors ces actes, comme les actes accomplis dans l'État par les nationaux et pour les mêmes raisons, ont une validité universelle.

### § VIII. — *La règle Locus regit actum est facultative pour les nationaux expatriés, obligatoires pour les étrangers.*

Dans un autre passage, il tire les conséquences suivantes : la règle *locus regit actum* est de la part d'un État déterminé, impérative en ce qui concerne les actes accomplis par les étrangers sur son territoire ; elle est facultative en ce qui concerne les actes accomplis par ses sujets hors du territoire.

D'abord elle est impérative, en ce qui concerne les actes accomplis sur le territoire par les étrangers. En effet, c'est pour des raisons qui ne souffrent pas de dinstinction entre les étrangers et les indigènes, que les lois de chaque pays prescrivent ou proscrivent telle ou telle forme ; c'est pour donner à l'acte une publicité salutaire, ou pour éviter des obscurités et des procès, ou pour assurer la conservation de la preuve ou pour prévenir des dols, des pressions, des fraudes à la loi. Ce sont presque des lois de police et de sûreté que les lois sur la forme des actes. Les formes

établies par chaque état sont à ses yeux, les plus sages qu'on puisse observer dans ses limites ; elles sont en harmonie avec les mœurs, les institutions, l'esprit du pays ; elles obvient aux périls propres au milieu. On ne voit pas pourquoi l'État aurait le droit de tolérer, sans grand profit pour les étrangers, mais non sans grands inconvénients pour lui et pour eux-mêmes, des formes qu'il juge défectueuses, dangereuses. La vérité des formes, jetterait le désordre dans la pratique, mêlerait aux moindres affaires de délicates questions de nationalité, discréditerait les lois du pays dans l'esprit des nationaux. Est-il rationel, par exemple, que l'État français admette que les étrangers puissent créer en France, des hypothèques par acte sous seing privé? Qu'il réduise le conservateur des hypothèques à s'assurer la nationalité des constituants avant de donner inscription ? Qu'il expose les créanciers inexpérimentés à être victimes de la mauvaise rédaction d'un acte sous seing privé et de la violation de la règle de la spécialité ? Est-il rationnel que notre législateur, qui attache tant d'importance au mariage civil, à la rédaction et à la publicité des actes de mariage, admette la validité des mariages contractés en France *solo consensu*, et fasse ressortir, par cette distinction, ce que le mariage civil a d'arbitraire et de choquant pour les catholiques ?

Il doit bien admettre la validité des actes passés à l'étranger, dans les formes qu'il condamne en France par des étrangers et même par des Français, parce que sa souveraineté ne dépasse la frontière et qu'il ne peut faire abstraction du droit qui appartient aux autres États, de régler sur leur territoire la forme de

l'acte, ni de la nécessité où sont leurs sujets, ordinaires ou accidentels, de leur obéir. Mais reconnaître la validité d'un acte accompli à l'étranger dans certaines formes, et donner la validité aux actes accomplis en France dans les mêmes formes, sont deux choses profondément différentes. La première s'impose, la deuxième ne s'impose pas du tout. Les formes pratiquées à l'étranger ont probablement leur raison d'être dans le milieu pour lequel elles sont faites : transportées chez nous, elles ne s'adaptent pas aux conditions d'existence, aux tendances, aux besoins qui règnent dans le pays.

Mais il est raisonnable, il est juste que l'État ne fasse de la règle *locus regit actum*, qu'une règle facultative pour ses nationaux agissant à l'étranger, qu'il déclare valables, à son regard, les actes accomplis, par eux, contrairement à la *lex loci actus* mais conformément à ses propres prescriptions. Il ne lui sied point de réprouver l'emploi qu'ils ont fait des formes qu'il a fixées lui-même et de punir la libre obéissance qu'ils lui ont gardée au loin. Que l'État où ces actes ont été passés les tienne pour nuls, c'est, nous venons de le voir, son droit et presque son devoir, mais l'état d'origine des parties n'est point obligé de souscrire à cette nullité, car il compte encore parmi ses membres les auteurs de l'acte et il a, autant que l'État de la résidence, le droit de régir à son point de vue, leur conduite, quand il le croit utile et juste.

### § IX. — *Système de Valéry*

*c)* Le système de M. Valéry n'est guère différent. Il reproduit les mêmes arguments. Il invoque 1° la

tradition, 2° l'esprit du code et l'intention du législateur au moment de la rédaction et 3° l'ordre public parce que les conditions de forme que la loi française a fixées lui ont été inspirées par l'état social, les habitudes, le degré de culture de la population. A son avis lorsqu'un État subordonne l'efficacité d'un acte à l'observation de certaines formalités, il remplit une véritable fonction de police. Dès lors les lois françaises en cette matière sont applicables, en vertu de l'article 3, 1, Code civil, à tous les actes faits en France, à moins que la loi elle-même n'en ait décidé autrement (Valéry, p. 538).

# CHAPITRE IV

## *L'autonomie de la Volonté*

*Définition, nature et étendue de l'autonomie. Caractère facultatif et caractère obligatoire des lois. L'autonomie en droit international privé. Théorie de M. Rougin : la recherche de la volonté des parties. Système des présomptions* juris tantum. *Doctrine de la vie propre du contrat. . La recherche de la volonté psychologique est inadmissible à raison de l'immutabilité du lien contractuel et du caractère fictif de la recherche d'une volonté inexistante dans la plupart des cas.*

*a) Cas où les parties ont le même domicile ou nationalité. Pourquoi la loi nationale doit l'emporter sur la loi de domicile. La théorie de M. Chausse.*

*b) Cas où les parties n'ont ni la même nationalité, ni le même domicile.*

1. *Système de Savigny : la* lex loci. *Solutions. Importance du lieu d'exécution. Critique de cette théorie. Confusion entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle.*

2. *Système de Weiss, Surville et Pillet : la* lex loci actus. *Incertitude de la doctrine.*

3. *Système de Bartole* : *les* naturalia *par la* lex loci actus *et les* accidentalia *par la* lex loci solutionis. *Caractère arbitraire de la distinction.*

4. *Système de Jitta* : *contrat local national. Contrat local étranger. Contrat international. Caractère arbitraire et peu fécond de cette classification.*

*Conclusion : impossibilité d'aboutir à un système parfait.*

SECTION A

## Introduction

### § I. — *Définition, nature et étendue de l'autonomie*

L'autonomie de la volonté, comme a dit M. Léon Duguit, dans une de ses conférences à Buenos-Aires, est un élément de la liberté en général ; c'est la liberté juridique et c'est en somme, le pouvoir de l'homme de créer par un acte de volonté, une situation de droit, quand cet acte a un objet licite. En d'autres termes, dans le système civiliste, l'autonomie de la volonté est le pouvoir de vouloir juridiquement et, par la même, le droit que ce vouloir soit socialement protégé.

Le principe de l'autonomie de volonté ne s'applique que dans la mesure où la volonté des parties est souveraine. Là où le législateur, écrit M. Pillet, ne prétend à rien autre qu'à suppléer à cette volonté ou à l'interpréter en cas de besoin, il est parfaitement exact de dire que l'on est dans le domaine de l'autonomie, et que les conflits, s'il s'en présente, doivent être résolus par des arguments empruntés à leur volonté exprimée ou présumée. Mais encore cela n'est vrai, que des lois facultatives, et à côté de cette classe il en est une autre, considérable de, lois ne concernant pas l'ordre public, et qui s'imposent cependant aux

contractants dans leurs propres intérêts. A l'égard de ces dernières, on ne comprend plus que la volonté puisse, au point de vue international, avoir cette influence de déterminer la législation à laquelle le contrat sera soumis.

### § II. — *Caractère facultatif et obligatoire des lois*

Les juristes expliquent la règle ainsi : les règles posées par la loi sont de deux sortes. Les unes constituent des ordres donnés par le législateur ; ce sont les lois appelées impératives ou prohibitives selon qu'elles contiennent un commandement ou une défense : telle est l'interdiction de contracter mariage avant un certain âge (art. 144 C. civ.) ou de créer une servitude au profit d'une personne (art. 686) ; telle est aussi l'obligation pour tout chef de famille de subvenir aux besoins de sa femme et de ses enfants. Les particuliers n'ont qu'à s'incliner devant les dispositions de cet ordre ; il ne leur est pas loisible d'en écarter l'application. Mais à côté de cette première catégorie de règles, il y en a une seconde composée des dispositions légales qui se bornent à réglementer les rapports des particuliers lorsque ceux-ci n'y ont pas pourvu eux-mêmes : ainsi, aux termes de l'article 1387 du Code civil, lorsque deux personnes se marient, leurs rapports pécuniaires sont soumis au régime de la Communauté, mais seulement lorsqu'elles ne les ont pas déterminés elles-mêmes d'une autre façon en faisant un contrat de mariage. De même, la loi n'in-

tervient dans la dévolution des successions, qu'autant que le *de cujus* n'a pas fait de testament. De même encore, si en principe, la chose due doit être livrée là où elle se trouvait au moment de la convention dont elle a fait l'objet, il n'en est ainsi que lorsque ce contrat n'en a pas décidé autrement (art. 1246, C. civ.). D'une manière plus générale, l'article 1134 du Code Civil en décidant que les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites, exprime cette idée qu'il est loisible aux particuliers de régler leurs rapports autrement que ne l'avait fait le législateur toutes les fois qu'il n'a pas manifesté une volonté contraire. Les lois qui présentent ce caractère sont appeléées des lois « permissives ou facultatives » ; permissives, parce qu'elles se bornent à permettre, sans rien ordonner ; facultatives, parce qu'elles laissent aux particuliers la faculté de se conformer à leurs dispositions ou de les écarter.

Telle est la nature de l'autonomie de la volonté en droit interne ; telle est sa justification, son domaine et ses limites.

### L'autonomie de volonté en droit international

En droit international, l'autonomie de volonté est la faculté pour les contractants, de choisir parmi les législations dispositives des États, celle qui sera applicable au rapport juridique qui les intéresse (1).

La question se présente sous deux aspects différents qu'il faut distinguer nettement.

(1) H. Géradin, p. 41.

1. Les parties ont fait leur choix d'une loi déterminée ou, comme on dit, le contrat contient la clause improprement nommée, clause de soumission volontaire. Dans ce cas, leur volonté étant souveraine, peut créer une *lex privata* qui s'impose à eux et que l'autorité judiciaire doit reconnaitre et sanctionner.

2. Les parties se sont imparfaitement exprimées ou ne se sont pas exprimées. Ici on se demande quelle loi supplétive doit venir combler la lacune. Cette question a été discutée sans que les juristes aient pû s'entendre sur la solution à donner. On peut diviser la doctrine en deux parties.

*a)* Ceux qui soutiennent qu'il faut chercher l'intention des parties. Ils disent que le principe qui doit gouverner la question étant le principe de l'autonomie, on ne saurait admettre à aucun titre un système contraire à la liberté des parties contractantes. Il faut donc chercher la loi que les parties auraient pû choisir, et, pour ce faire, il faut que les juges aient toute latitude et s'inspirent des circonstances qui ont entouré le contrat.

### § III. — *Thèse de M. Roguin*

A l'institut de droit international privé, M. Roguin s'est fait le champion de cette idée, et s'est appliqué à la soutenir en un contre-projet.

D'après cet auteur ce serait là le seul système qui respecterait vraiment l'autonomie des parties contractantes, qu'il n'y a, d'après lui, aucun motif de méconnaitre : les parties avaient en effet, la faculté la plus absolue de choisir telle ou telle loi à leur convenance : il n'est donc que rationnel que le tribunal ait égale-

ment la faculté sans restriction de rechercher la loi que les parties auraient pu choisir et toute présomption serait évidemment la violation de cette liberté ; ce serait en effet, une règle fixe et immuable, établie d'avance pour trancher un conflit dans lequel les parties auraient seules, d'après lui, le droit de se prononcer.

SECTION B

## Système des présomptions « juris tantum »

Ceux qui écartent toute discussion sur l'intention présumée des parties et se réfèrent directement aux présomptions. Ceux-ci commencent leur étude de la question en montrant l'entorse à la loi et le danger pour les contractants de suivre le système sus-indiqué qui fait du problème, une question de fait.

Les tribunaux, disent les partisans de l'autonomie, doivent avoir la faculté sans restriction de rechercher la loi que les parties auraient pu choisir comme les parties avaient la faculté la plus absolue de choisir telle loi à leur convenance. On ne saurait admettre l'analogie : lorsque les parties ont contracté, elles étaient libres, en effet, de s'imposer mutuellement leur volonté ; mais une fois le contrat signé, après qu'elles en ont fixé les termes par leur « déclaration respective de volonté », elles ont épuisé leur pouvoir sur ce contrat ; il leur échappe pour l'avenir. Leur volonté psychologique est devenue une volonté juridique, la seule qui compte entre les contractants, la seule que la loi connaisse.

### § I. — *Le contrat une fois conclu a une vie propre de ses auteurs*

Elles ont conçu le contrat en commun, mais une fois né, il a une vie propre qui ne participe plus à leur vie subjective : c'est l'immutabilité intangible, sans

le consentement unanime des contractants, sur laquelle repose la garantie mutuelle des parties : « Cette loi a, désormais une existence, indépendante de celui qui l'a émise : elle est un acte de volonté ; mais elle n'est pas une traduction de psychologie interne ; elle est une charte destinée à la réglementation des intérêts en cause. Elle doit s'appliquer de la façon dont ces intérêts l'exigent, en tenant compte des usages, des nécessités du crédit et des lois d'équité (1).

Si donc, la volonté d'une des parties est incomplète, on ne saurait, sans risque d'être injuste, vis-à-vis des autres parties, remonter à la source psychologique, car vis-à-vis de la loi, et dans l'esprit des autres contractants, cette source doit être définitivement tarie une fois la déclaration de volonté terminée. Les parties ont usé de leur autonomie au moment de la conclusion du contrat, à ce moment, elles avaient le droit d'exprimer leur volonté, mais ce droit, pour chaque cas particulier, ne survît pas à l'usage qu'elles en ont fait dans ce même cas. Il s'incarne tout entier dans l'expression juridique qui lui est donnée et une fois le contrat passé, une partie serait irrecevable à venir développer et éclairer sa pensée douteuse.

### § II. — *La recherche de la volonté psychologique est inadmissible*

Donc le juge ne saurait se prévaloir de leur liberté contractuelle, pour compléter leur volonté juridique par leur volonté psychologique. Pratiquement,

(1) V. Saleilles, p. 216.

d'ailleurs, cette recherche serait inefficace, la perception de la volonté psychologique ne pouvant jamais dépasser, pour le juge, le degré de la probabilité.

Sous cette incertitude il faut faire recours directement aux présomptions *juris tantum*, qui sont de nature à augmenter la certitude des faits juridiques et à diminuer le nombre des procès. Parmi les partisans de cette thèse, se trouvent MM. Dicey et Pillet.

Le système des présomptions auxquelles il faut avoir recours se résume comme suit.

Ou bien elles n'ont ni même nationalité, ni même domicile.

§ III. — *Les parties ont le même domicile ou nationalité*

Ou bien les parties contractantes ont même nationalité ou même domicile. Dans le premier cas c'est la loi commune qui sera applicable. Cette loi est essentiellement la loi nationale et subsidiairement la loi de domicile. M. Weiss donne les raisons de cette préférence observant, toutefois que la présomption qu'il indique en faveur de la loi nationale comme en faveur de tout autre d'ailleurs, ne devra avoir rien d'inflexible ; que si le juge croyait trouver dans les circonstances entourant le contrat un motif de se prononcer pour la *lex domicili*, il ne faudrait pas qu'il se croit lié en quelque façon que ce soit ; si par exemple les parties avaient quitté depuis longtemps leur patrie, le juge pourra, eu égard à cette circonstance, appliquer la *lex domicilii*.

§ IV. — *Pourquoi la loi nationale doit emporter sur la loi domiciliaire*

Mais d'une façon générale néammoins, la loi nationale, dit-il en substance, doit l'emporter sur la loi du domicile, car elle est mieux appropriée au tempérament et aux mœurs des contractants. De plus, le lien de nationalité est plus stable et moins facile à rompre ; l'établissement d'un domicile, au contraire, peut être l'affaire d'un jour et rien ne prouve qu'il entraine la connaissance d'une loi (1). M. Despagnet défend la même idée dans un langage tout aussi expressif. Une première présomption fort naturelle, c'est que les contractants ont voulu accepter l'appli;ation de leur loi nationale quand ils ont tous la même nationalité : cette loi, leur est, en effet, commune et c'est elle qu'ils connaissent généralement le mieux (2).

La loi du domicile a pourtant ses partisans :

M. Chausse va même jusqu'à la recommander dans tous les cas. « La loi du domicile commun, dit-il, doit l'emporter sur la loi nationale commune parce qu'elle est plus familière aux parties, que c'est à elle qu'elles ont dû songer ; qu'enfin, dans le domaine des actes volontaires, le domicile, émanation de cette volonté, a pleine qualité pour la caractériser et l'exprimer ». En somme, pour lui, c'est presque l'indice d'une volonté tacite. M. de Bar soutient la même idée dans la session de 1908 de l'institut des Droits international, à Édimbourg.

---

(1) *Traité* t. IV, p. 348.
(2) Despagnet et Boeck. *Précis de Droit International Privé* 1909, p. 881.

Dans les cas où les parties n'ont ni même nationalité, ni même domicile, les raisons de choisir entre les différentes lois dispositives des pays en cause deviennent dès lors, de moins en moins déterminantes : par suite les théories se multiplient. On peut grouper ces théories en trois sytèmes : 1° système de Savigny de la *lex loci solutionis* ; 2° le système de *lex loci actus* ; 3° le système mixte, qui fait passer le contrat sous l'empire de deux lois.

### § V. *Système de Savigny*

Le jurisconsulte allemand suppose que toute personne qui forme un rapport de droit, sort de son droit personnel pour rentrer dans le siège de ce rapport : donc, pour connaître la loi qui doit régir les contractnants dans le domaine de l'autonomie, il faut chercher le siège de l'obligation. Or, c'est là, où l'obligation doit être exécutée qu'elle a véritablement son siège. La raison en est que toute obligation résulte des faits visibles, toute obligation s'accomplit par des faits visibles, les uns et les autres se passent nécessairement dans un lieu. Mais le lieu de formation n'est point le siège du contrat ; il est accidentel ; souvent le hasard seul préside à son choix ; il est fugitif et étranger à l'essence de l'obligation, comme à son développement ultérieur.

Le lieu d'exécution, au contraire, fait l'objet de l'attention des parties, elles le choisissent avec soin, le déterminent avec précision. L'accomplissement, en effet, appartient à l'essence même de l'obligation, car l'obligation consiste à rendre certaine et nécessaire une chose auparavant incertaine et soumise au libre

arbitre d'une personne. Or la chose devenue ainsi nécessaire et certaine est précisément l'accomplissement de l'obligation, c'est là-dessus que se concentre l'attention des parties. Dès lors, il est de l'essence de l'obligation que le lieu de l'accomplissement soit regardé comme le siège de l'obligation et que dans ce lieu se place la juridiction spéciale de l'obligation en vertu de la soumission libre (1).

Cette thèse est basée sur une confusion entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle. La dernière peut exister sans la première. De plus, un seul contrat synallagmatique peut s'exécuter en lieux différents, le contrat serait dans ce cas soumis en même temps à des lois multiples et diverses.

### § VII. — *Système de Weiss et Surville*

Pour ces deux auteurs, et pour d'autres aussi, la solution la plus rationnelle est l'adoption de la *lex loci actus* (2). Ils disent : il est naturel de se conformer à la législation sous l'empire de laquelle les parties étaient placées au moment où la convention a eu lieu, et dont, par conséquent, elles connaissent ordinairement les dispositions et qu'elles paraissent avoir accepté implicitement. Ils ont soin d'ajouter : « Mais il ne s'agit ici que de simples présomptions qu'il est toujours possible de combattre par la preuve contraire, aussi les circonstances de fait peuvent-elles établir

---

(1) Savigny, *Traité de Droit Roman*, traduction Guenoux, Paris 1851, 19, p. 205 et s.

(2) V. Despagnet dans son *Précis* (édition de 1900, p. 881 et s.) se prononce pour la même solution proposée.

pour les tribunaux que les parties ont voulu adopter une autre loi ».

Cette même idée a été soutenue à l'Institut de Droit international et M. Pillet lui-même l'avait soutenue dans un projet présenté à l'Institut lors de la session d'Edimbourg..

On a reproché à cette thèse l'incertitude qu'elle fait naître dans la pratique. La *lex loci actus* est quelquefois très difficile sinon impossible à déterminer dans certains cas (contrat conclu en chemin de fer, par exemple). Le lieu de formation de contrat est aussi très fortuit dans la majorité des cas. Enfin, on a objecté à cette doctrine qu'elle est basée sur une confusion entre les questions de formes et celles de fond.

### § VIII. — *Système de Bartole*

Bartole et les post-glossateurs distinguent entre les *naturalia* ou effets que doit entraîner par lui-même l'acte juridique accompli, et les *accidentalia* qui sont des pactes joints à un contrat pour faire varier ses effets ordinaires (1). Cette distinction a été reprise par Joelix qui à son tour distingue les effets des suites : les effets ont leur source dans la volonté des parties, les suites dans la volonté du législateur. « Les effets, dit-il, dérivent de la nature même de l'acte ou de l'exercice du droit établi par cet acte ; ce sont les droits et obligations que les parties ont positivement entendu créer, les droits et obligations inhérents au

(1) V. Bullenois, *Traité de la Personnalité et de la réalité des liens*, p. 449 et s.

contrat, c'et-à-dire qui y sont contenus expressément ou implicitement ou qui en résultent médiatement ou immédiatement. Il n'y a pas lieu de distinguer si ces droits sont ou non actuellement ouverts etexigibles qu s'ils ne sont qu'éventuels ou expectatifs ».

D'après cette doctrine les effets seront régis par la *lex loci actus* et les suites par la *lex loci executionis*. Mais on lui fait une critique décisive : la ligne de démarcation entre les effets et les suites est impossible à tracer, et dans tous les cas sera arbitraire ; et même par l'application de cette théorie, on arrive à des contradictions inéluctables.

### § IX. — *Distinction entre les différents contrats*

M. Jitta (1) dans son étude sur la substance des obligations en droit international privé a imaginé une distinction ingénieuse entre le contrat local national, le contrat local étranger et le contrat international mais la distinction ainsi faite est très arbitraire et peu féconde.

Il résulte de ces recherches que l'obscurité règne encore sur notre sujet et l'impossibilité dans lesquelles les juristes de tous les pays se trouvent de dégager un système cohérent et bien coordonné et qui échappe aux critiques légitimes.

---

(2) V. Jitta, n$^{os}$ 20,28.

# CHAPITRE V

## *Notion de l'Ordre public international*

---

*Définition. Caractère obligatoire pour l'étranger aussi bien que pour le national. Directives pour le juge. Nature de la notion de l'ordre public. Critique de la notion de l'ordre public international par M. de Vareilles-Sommières. Classification de l'ordre public proposée par M. Valéry : ordre public personnel, territorial, personnel et territorial et ordre public absolu. Critique de cette classification.*

---

SECTION A

## Analyse de la notion de l'ordre public international

La dernière atténuation à la théorie de la nationalité est la réserve faite de l'ordre public international. Les auteurs qui soutiennent qu'il y a quelque chose qui s'appelle ordre public international font de celui-ci une subdivision de l'ordre public interne, qui sera imposée à tous les étrangers aussi bien qu'aux nationaux.

L'ordre public international ayant, d'après le langage de M. Weiss (1), pour conséquence de faire échec aux règles générales que nous avons posées pour la solution du conflit des lois ; d'écarter, dans certains cas, le principe de la personnalité du droit, pour revenir au système opposé,

### § I. — *Caractère obligatoire*

Il découle de cette distinction que l'étranger doit obéissance, à tout prix, aux règles de droit public et à toute règle de droit que le juge, en sa qualité de représentant de la souveraineté nationale, juge comme nécessaire d'appliquer ou d'écarter.

---

(1) *Traité* IV, p. 89.

### § II. — *Directives pour le juge*

Despagnet insiste avec raison sur ce point que le juge, appelé a rechercher si la loi dont l'application lui est demandée intéresse ou non l'ordre public, n'a pas le droit de substituer son impression personnelle à la volonté certaine ou probable du législateur, alors même que cette volonté serait le fruit de préjugés qu'il condamne, Dans le silence de la loi, il doit rechercher son esprit, et souvent pousser ses investigations jusqu'à l'examen des principes constitutionnels sur lesquels repose l'organisation de l'État ; mais cette initiative ne saurait aller jusqu'à lui permettre de critiquer l'esprit de la loi elle-même et de s'inspirer de ses sentiments personnels pour décider que le législateur a tort d'écarter sur un point l'application de la loi étrangère, sous prétexte que cette loi vaut mieux que la loi territoriale, ou que l'ordre public, contrairement à ce que pense cette dernière, n'est pas en cause.

### § III. — *Nature de la notion de l'ordre public*

La notion de l'ordre public est une chose essentiellement actuelle et mouvante ; ii n'était pas hier ce qu'il est aujourd'hui, ce qu'il sera demain, et il est utile de laisser aux juges, la faculter de modeler leurs décisions sur les circonstances, sur la marche des idées, sur le progrès ou l'altération des mœurs. Elle est contingente, elle subit la loi du temps et du milieu et il serait fâcheux qu'elle fût condamnée à l'immobilité par une définition législative, qui serait nécessai-

rement imparfaite. (1) Le juge ne doit pas écarter la règle de droit étranger par le seul fait que nos lois ou notre doctrine juridique rejettent cette loi, ou ce rapport de droit. M. Cottingen cité par Weiss, analyse le problème qui sera soumis au soin du juge et il termine ainsi : « Il faudra toujours examiner si l'action effective du principe ou du rapport de droit en question, en tant que cette action doit se produire dans le ressort de notre organisation juridique est en contradiction avec notre ordre social, ou avec le principe de la morale admis chez nous. Il importe de rappeler qu'un rapport juridique n'a pas exclusivement effet dans un seul territoire, mais peut se ramifier et étendre ses effets dans des territoires juridiques divers. Le seul droit que nous puissions jamais avoir, c'est de considérer comme inexistants, de trancher et de supprimer, ces rameaux et ces rejetons qui se produisent sur notre territoire, le tronc qui se trouve dans le ressort d'une autre souveraineté échappe à notre action et si le rameau ou le rejeton qui surgit sur notre sol n'est pas de nature à produire des effets nuisibles, ce serait une erreur et une injustice que de le trancher, sous prétexte que le tronc ne serait pas toléré dans notre pays ».

---

(1) V. Weiss, *Traité* t. III, p. 96.

SECTION B

## Critique de l'ordre public international

Ce système n'a pas échappé aux critiques diverses qui lui ont été adressées de tous les côtés. M. de Vareilles-Sommières trouve que la distinction est chimérique et irraisonnée. Non seulement la ligne de démarcation est d'après lui très arbitraire mais elle est aussi illogique. M. Pillet, lui aussi, estime qu'il n'y a qu'une seule espèce d'ordre public, toujours identique à elle-même, à quelque point de vue que l'on se place.

M. de Valéry trouve à son tour que la distinction entre ordre public interne et ordre public international est insuffisante, et les termes par lexsquels on l'eprime, lui paraissent critiquables.

### § I. — *Classification de l'ordre public proposé par M. Valéry*

Pour cet auteur, il y a quatre catégories d'ordre public :

1° L'ordre public personnel ou national. Ces lois sont celles qui ont pour but le maintien des rapports que la loi a entendu établir d'une manière immuable entre les membres de la nation. Telles sont les lois relatives à l'organisation de la famille, car l'État

étant composé de l'ensemble des familles, toucher à leur composition, ce serait toucher à sa constitution ; les lois qui déterminent les devoirs des citoyens envers le pays, puisque toute modification à ces devoirs constituerait une atteinte au régime politique et administratif qu'il a paru nécessaire d'instituer pour le bien du pays. De pareilles lois s'imposent aux Français, en quelque lieu qu'ils puissent se trouver. Au contraire, les lois de ce genre, ne présentent pas un caractère d'ordre public à l'égard des étrangers.

2° Les lois d'ordre public territorial sont celles qui ont pour but de faire régner l'ordre sur le territoire à toute personne, à toute chose, à tout rapport juridique qui rentre dans leur sphère d'action ; mais par contre, elle est limitée à ce territoire, et ne s'exerce jamais au dehors.

3° Les lois d'ordre public personnel et territorial sont les lois qui ont pour but da faire régner l'ordre aussi bien parmi les membres de la nation française que sur le territoire national. Il en est ainsi des lois pénales qui prévoient et punissent les crimes et les délits.

4° Les lois d'ordre public absolu sont celles dont la nature est telle que leur violation porterait nécessairement atteinte, soit à l'État lui-même, soit aux principes de morales et de droit qui forment les bases de sa constitution.

### § II. — *Critique de cette classification*

La thèse de M. Valéry, porte en elle-même l'argument qui va servir à la réfuter. Cette doctrine est

essentiellement arbitraire et chimérique. Elle donne les mêmes résultats que la théorie traditionnelle ; ses diverses parties sont essentiellement opposées et divergentes.

# CHAPITRE VI

## *La nouvelle Doctrine statutaire*

SECTION A

### Les critiques de la doctrine italienne par M. Vareilles-Sommières

*Introduction, critique de la doctrine italienne, arguments en faveur de la souveraineté territoriale. Impossibilité pour l'Etat de rendre ses lois obligatoires hors de son territoire : importance de l'élément de résidence. Les lois sont faites pour les personnes qui résident le territoire national. L'étranger fait un acte de soumission en venant habiter le pays. L'intérêt de l'Etat est de repousser autant que possible l'application du droit étranger. Les liens entre les lois et les mœurs existent seulement en matière de statut personnel. L'application de la théorie italienne suscitera l'anarchie. L'exeption de l'ordre public contredit le principe posé par l'école italienne.*

*La souveraineté personnelle est inconciliable avec la naturalisation et l'extradition.*

M. de Vareilles-Sommières acceptent la doctrine de la nationalité comme un dogme législatif pour la solution des conflits des lois. Ici s'arrête la concordance entre sa théorie et la doctrine italienne. L'auteur, très traditionaliste, trouve que la théorie statutaire qui a rendu des services indéniables à la science doit être la seule où il faille se référer pour la solution des difficultés. Or, cette théorie n'était qu'un moyen pour résoudre des conflits internes, qui se faisaient dans un pays soumis au même souverain. Elle a besoin d'être modernisée et adaptée aux exigences des conflits internationaux. L'auteur s'efforce de mener à bien cette tâche ardue ; mais les esprits ne sont plus faciles à séduire. La théorie italienne a vu le jour ; ses disciples sont nombreux et encouragés par la victoire qu'ils ont remporté dans le domaine politique et technique.

M. de Vareilles Sommières est donc obligé de s'attaquer au système nouveau avant de recommander la théorie statutaire modernisée et adaptée aux dernières exigences de la science. L'auteur consacre le chapitre II de son livre à la critique de la doctrine de Mancini. Après avoir résumé la portée de cette doctrine, il expose dans une deuxième section de ce chapitre les critiques suivantes.

1° Son principe fondamental est faux.

2° Si le principe est vrai, c'est l'exception qui est fausse.

3° Si l'exception est vraie elle détruit par elle-même le principe.

D'abord pour que toutes les lois d'un État puisse suivre ses sujets hors du territoire, il faudrait premiè-

rement qu'il le voulût. Or nous l'avons vu, l'État n'a presque jamais la volonté d'étendre ses lois à ses sujets expatriés ; il ne doit pas, il ne peut l'avoir, si ce n'est pour les lois sur l'état et la capacité et pour quelques autres lois exceptionnelles.

### § I. — *Arguments en faveur de la souveraineté territoriale*

Il ne l'a pas parce qu'il est désintéressé dans les faits et gestes lointains de ses nationaux ; il ne doit pas l'avoir, parce que ceux-ci sont presque toujours dans l'impossibilité d'observer ses lois à l'étranger ; il ne peut pas l'avoir, parce que le plus souvent il serait ridicule qu'il l'eût ; le bon sens peut-il tolérer que dans l'esprit du législateur français, les milles prescriptions de police qu'il édicte, les lois sur la chasse par exemple obligent le Français qui explore le Sahara ou les terres arctiques ? Nous plaçons à dessein le sujet dans un pays désert et en dehors de tout État pour que l'ordre public international ne vienne pas masquer les conséquences du système et qu'on voie le jeu complet du principe laissé à lui-même.

Est-il soutenable que, dans l'esprit du législateur anglais, les lois qu'il porte sur l'agriculture en Angleterre, pays de blé et de pâturage, doivent être observées par les Anglais qui habitent le Tell, pays des dattes, ou la Chine, pays du riz ? Si donc le législateur n'a pas en principe l'intention de rendre ses lois obligatoires pour ses sujets expatriés, comment peut-on prétendre que toutes ces lois pourtant les suivent et doivent être respectées par les autres États. Comment peut-on nous parler des droits de la souverai-

neté personnelle, quand la souveraineté personnelle ne prétend pas avoir des droits ?

§ II. — *Impossibilité pour l'Etat de rendre ses lois obligatoires hors de son territoire ; importance de l'élément de résidence*

Pour que le principe fût vrai, il faudrait secondement que l'État pût rendre ses lois, non seulement obligatoires pour ses sujets expatriés, ce qui est possible et ce qu'il fait parfois, mais exécutoires pour ou contre eux dans les autres États, c'est-à-dire obligatoires, dans un certain sens, même par les autres souverains. Il ne le peut pas. L'étranger, dit-on est encore membre et sujet de son État d'origine. C'est vrai. Mais il est aussi membre et sujet de l'État où il réside. Ce point, est certain, si l'on admet, comme nous le faisons, que la société civile se forme de plein droit par le quasi-contrat de contact. Il est certain, également si l'on croit que la société civile se forme par le consentement de ses membres. En effet, quand et comment, dans la théorie du contrat social, chacun de nous consent-il à faire partie de la Société civile ? Rousseau, M. Fouillée, tous les adeptes du pacte social répondent : le consentement est dans la résidence ; et quelle autre réponse pourraient-ils faire ? Quand l'État s'est institué, dit Rousseau, le consentement est dans la résidence ; habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. Nous adhérons par nos actes mêmes au contrat social, en vivant au sein de l'État dit M. Fouillée ; c'est un contrat réel (M. Fouillée veut dire tacite) dont le signe juridique est l'action au lieu d'être une parole ou une signa-

ture. Nous pourrions multiplier les citations.

Si donc la résidence est un consentement à faire partie de la Societéé civile sur le territoire de laquelle on habite, l'étranger résident devient temporairement membre de cette société. C'est ce qu'il fallait démontrer. On peut faire partie de deux sociétés civiles, comme on peut faire partie de deux Sociétés minières ou de deux sociétés de transport.

Puisque les étrangers font partie de la société civile où ils résident, ils relèvent, dans son sein et dans leurs rapports avec elle, de ses lois et de ses lois seulement. La société civile d'origine, à laquelle ils appartiennent encore par la volonté ou par le devoir, n'a donc pas sur eux un pouvoir législatif exclusif ; elle ne peut que lui adresser des commandements obligatoires seulement à son regard et exécutoires seulement sur son territoire.

Nous avons déjà mis ces vérités en évidence et nous renvoyons le lecteur aux développements qu'elles ont reçus. On le disait fort bien tout à l'heure, le territoire est le domicile de l'État ; or on ne peut parler en maître que dans son domicile et non dans celui des autres.

### § III. — *Les lois sont faites pour les personnes qui résident sur le territoire national*

Les lois sont faites pour les personnes et uniquement pour les personnes : personne ne le nie. Mais sont-elles faites pour s'appliquer aux personnes même dans le sein des autres États ? Voilà la question qu'il faudrait résoudre autrement que par une affirmation gratuite.

### § IV. — *L'étranger fait un acte de soumission en venant habiter le pays*

On nous dit que nous attribuons « à la terre une importance qu'elle n'a plus, que nous lui subordonnons le plus souvent les personnes, alors qu'au contraire, c'est aux personnes qu'appartient le droit la première place (1) ». L'objection manque de précision. On pourrait, avec autant de justesse, s'en servir pour soutenir qu'un propriétaire a le droit d'agir sur le terrain d'autrui comme il agit sur le sien. Ce n'est point à la terre que nous subordonnons les étrangers ; nous ne savons même pas ce que cela veut dire ; nous les subordonnons au souverain sous la puissance duquel ils sont venus se placer ? Nous ne les considérons pas comme un accessoire du sol, mais comme un accessoire ou plutôt comme une partie intégrante du groupe de personnes auxquelles ils se sont mêlés. Nous ne donnons pas la première place à la terre ; nous ne lui en donnons aucune et nous ne savons pas même non plus ce que c'est que de donner une place à la terre ; nous donnons à l'État la première place chez lui ; et nous n'y donnons aucune place à la souveraineté des autres États.

On ne peut pas plus réclamer l'application des lois étrangères au nom des droits des étrangers eux-mêmes qu'au nom des droits de l'État d'origine.

On allègue que « la loi nationale est la plus appropriée aux intérêts et aux besoins de la personne ».

§ V. — *L'intérêt de l'Etat est de repousser autant que possible l'application du droit étranger*

Quand cela serait, il ne s'en suivrait nullement que l'étranger ait le droit d'exiger l'application de sa loi nationale dans le pays qui lui donne l'hospitalité et d'y jeter par là le désordre. L'étranger s'est agrégé momentanément à cet État et ne peut, tant qu'il est sont sujet, en repousser les lois. Son ontérêt n'est pas seul en jeu : celui de l'État qui le reçoit dans son sein n'est pas une quantité négligeable. Or l'intérêt de l'État demande en principe l'unité de régime pour tous les habitants du territoire. Ce n'est guère qu'en matière d'état et de capacité qu'un peuple peut s'accommoder d'une certaine variété de régimes, et encore faut-il qu'au détriment qui en résulte inévitablement il y ait des compensations certaines.

§ VI. — *Les liens entre les lois et les mœurs existent seulement en matière de statut personnel*

Mais l'allégation que leur loi nationale est la plus appropriée aux intérêts et aux besoins des étrangers est sophistique. La loi nationale est la plus appropriée à leurs besoins dans leur patrie, on doit le croire. Mais en est-il de même hors de leur patrie ? En ce qui concerne l'état et la capacité, oui d'habitude ; en ce qui concerne tout le reste, évidemment non. Les lois sur l'état et la capacité sont inspirées par la condition physique et morale des personnes, et les personnes en changeant de pays ne changent pas de nature. Mais presque toutes les autres lois ont pour raison d'être, — on nous oblige à des redites —, la situation géogra-

phique, climatérique, économique du pays où elles sont portées ; les habitudes qui y règnent, les institutions qui y sont établies, tout un état de choses qui existe là et pas ailleurs et que le sujet ne transporte pas avec lui dans les autres parties du monde.

### § VII. — *L'application de la théorie italienne suscitera l'anarchie*

On peut encore montrer la fausseté du principe de l'école italienne par le désordre et l'anar;hie qu'il engendrerait, s'il était laissé libre de dérouler ses conséquences. Il rendrait le gouvernement impossible.

Qu'on s'imagine la France, avec douze cent mille étrangers établis à demeure sur son territoire, avec un autre million qui la visite chaque année, avec un autre million peut-être qui y possède des biens, tous pouvant décliner *toutes* les lois françaises et se réclamer de *toutes* les lois de leur pays. Chacun aurait son droit pénal, son droit civil, sont droit commercial, sa procédure propre, chacun ses règles particulières sur la propriété, sur la manière de l'acquérir, sur les hypothèques, sur les servitudes, sur les contrats. La variété des coutumes dans l'ancien droit donnerait une faible idée de l'indescriptible confusion qui règnerait dans le pays, car la législation ne variat alors que de province à province, et dans chaque province la masse compacte des résidants était soumise, en principe, aux mêmes règles. Mais avec l'idée nouvelle c'est d'individu à individu que varierait la législation toute entière. Toutes ces lois enchevêtrées se paralyseraient mutuellement et la machine gouvernemen-

tale ne pourrait fonctionner. Il est de l'essence de la souveraineté d'être une : or il y aurait en France quarante Souverainetés, c'est-à-dire qu'il n'y en aurait aucune. Ce qu'on nous propose, mais avec de singulières aggravations, c'est le régime désordonné de la personnalité des lois, tel qu'il fut pratiqué pendant un certain temps par les rois barbares après la conquête. Ce régime pouvait fonctionner tant bien que mal, parce qu'il n'y avait d'habitude que deux races d'hommes entremêlées, les vainqueurs et les vaincus, parce que les lois, à cette époque, étaient simple et peu nombreuses, et surtout parce qu'au-dessus des deux législations il y avait une Souveraineté unique, qui pouvait au besoin modifier l'une ou l'autre et résoudre les difficultés : tandis qu'aujourd'hui tous les peuples de la terre ont des représentants en France, les lois sont savantes et compliquées, et, d'après la théorie que nous repoussons, toutes les législations qui s'épanouiraient côte à côte n'auraient pas de supérieur commun.

### § VIII. — *L'exception de l'ordre public contredit le principe posé par l'école italienne.*

Nous savons bien que l'ordre public international sort *ex machina* pour tenir le principe en respect et l'empêcher de tout bouleverser. Mais nous prouverons tout à l'heure, que, si le principe est vrai, l'exception immense qu'on dresse devant lui au nom de *l'ordre public international* est arbitraire et doit être écartée. En attendant, que penser d'un principe contre lequel il faut défendre l'ordre public, et qu'on

n'empêche d'être destructeur qu'en le détruisant lui-même dès qu'on l'a posé ?

A côté des objections générales, que d'objections de détail on pourrait faire à cet étonnant principe !

### § IX. — *La souveraineté personnelle est inconciliable avec la naturalisation et l'extradition*

Le droit exclusif de la Souveraineté personnelle est difficilement conciliable avec la Naturalisation telle qu'elle est universellement pratiquée, c'est-à-dire avec la Naturalisation conférée et parfois imposée à l'étranger sans le consentement de l'État d'origine.

Il est inconciliable avec l'Extradition telle qu'elle est aussi universellement pratiquée. Logiquement, dans la conception italienne, l'État devrait pouvoir, indépendamment de tout traité exiger l'Extradition de ses sujets, à raison d'un crime politique aussi bien qu'à raison d'un crime de droit commun ; à raison d'un délit aussi bien qu'à raison d'un crime : pour désertion, pour l'accomplissement du service militaire. L'État, en effet, conserve sa souveraineté directe et intégrale sur ses sujets expatriés. Il a donc le droit de les rappeler, de les réclamer, et l'État de la résidence est tenu d'exécuter cette loi étrangère comme toutes les autres. Qu'on ne fasse pas intervenir l'ordre public international : en quoi l'ordre public est-il blessé si l'État donne satisfaction à une Souveraineté qui est dans son droit et s'il lui livre ce qui est à elle ?

Voici en quels termes, M. de Vareilles Sommières réfute la doctrine italienne de Mancini, sur la personnalité des lois. Nous nous réservons la faculté de répondre plus tard à ces critiques.

SECTION B

## La doctrine propre de M. de Vareilles-Sommières

*Théorie propre de M. de Vareilles Sommières. Introduction, les principes fondamentaux de la théorie.* 1° *La loi territoriale régit les actes plutôt que les personnes. La théorie moderne n'a pas de rapport avec la féodalité.* 3° *Le statut personnel suit le national. Le souverain étranger est tenu par courtoisie de subir l'invasion des lois étrangères en matière de statut personnel. La courtoisie s'impose au législateur et non au tribunal.*

L'auteur prend comme guide dans le dédale des conflits des lois les solutions déjà données par les Statutaires. Il avoue dès les premières lignes de l'exposé de sa méthode l'obscurité et l'ambiguité de la théorie qui sera ressucitée grâce à lui. Ainsi dans la page 10 il nous dit :

Nous allons essayer de mettre au point l'exposé de cette belle mais difficile théorie. Nous ne changerons rien au fond des idées, qui sont excellentes ; mais nous tâcherons d'en rendre l'expression plus nette et l'enchainement plus solide ; nous mettrons en lumière certaines d'entre elles, qui n'émergeaient pas de l'ombre ou du demi-jour, nous en décomposerons quelques autres, qui en condensaient plusieurs ; nous

justifierons chacune d'elles par des arguments précis.

Si l'édifice ainsi reconstruit ne parait pas satisfaisant, c'est encore à l'architecte qu'il faudra seulement s'en prendre, et non aux matériaux qu'il avait à sa disposition.

Hâtons-nous de voir la forme nouvelle et rajeunie dans laquelle la théorie statutaire avait été enveloppée par M. de Vareilles Sommières. La théorie traditionnelle avait été concentrée en six principes.

§ 1. — *Les principes fondamentaux de la théorie*

*a)* En principe les lois sont territoriales et s'appliquent à tous ceux qui se trouvent sur le sol, abstraction faite de leur origine. Ces lois régissent plutôt les actes que les personnes. Donc les étrangers ou indigènes, qui résident hors de la province, mais qui y possèdent des biens, sont soumis à ses statuts pour tous les actes qu'ils accomplissent sur son territoire, par dessus la frontière, relativement à ces biens, en un mot tout rapport quelconque à propos d'un bien est régi par le *lex rei sitae*. Dans un passage consacré au même principe (§ a, p. 13) on voit la justification suivante. Les anciens jurisconsultes, exprimaient le plus souvent les mêmes idées de cette autre manière : les coutumes sont réelles.

Pour comprendre l'expression, il faut savoir que le système de la personnalité avait été pratiqué en Gaule sous les premières lois barbares, et quel est ce système ?

Après la conquête, les Gallo-Romains, les Francs, les Burgondes, les Wisigoths, en quelque lieu qu'ils eussent leur domicile ou leur résidence, avaient la

jouissance de leur droit particulier. Les vainqueurs par modération, n'avaient pas imposé leurs lois propres aux populations conquises, et, comme vainqueurs et vaincus vivaient entremêlés, chacun, suivant sa race, invoquait et subissait en tout lieu sa loi personnelle.

Ce système, imposé par des considérations politiques mais inconciliables avec toute bonne administration, source de confusion et d'inextricables conflits, devint tout à fait impraticable quand la communauté de langue, de mœurs et d'aspect eut rendu difficile la recherche de l'origine et du sang. Les lois cessèrent d'être personnelles, d'être attachées à la race des personnes : elles devinrent territoriales, c'est-à-dire qu'elles régirent indistinctement et uniformément tous ceux qui avaient leur domicile ou même leur résidence sur le territoire soumis à l'autorité législative. Pour faire antithèse à l'expression de lois personnelles, on se servit de celle de lois réelles, en s'appuyant dit Lainé, sur ce fait que les lois étaient en quelque sorte attachées à une chose, au territoire. Il est plus probable qu'on voulut dire par là que les lois n'étaient plus faites pour une catégorie de sujets, mais pour tous, qu'elles étaient générales, *in rem*, dans le sens qu'avait pris ce mot en droit romain. Le premier principe de la théorie des statuts et communément appelé le principe de la territorialité des lois ou encore le principe de la réalité des lois.

M. de Vareilles Sommières se met en devoir de montrer ensuite l'idée que la réalité des lois n'est pas une reminiscence du régime féodal. Ainsi dans le paragraphe 27 il écrit :

§ II. — *La théorie moderne n'a pas de rapport avec la féodalité*

Il est de mode, dans la jeune école, de présenter le principe de la territorialité des lois comme une création de droit féodal. Il est possible que le droit féodal ait eu des affinités particulières avec ce principe et en ait provoqué ou facilité le triomphe. Il faudrait, dans ce cas, en féliciter le droit féodal. Mais le principe a sa véritable origine, non dans un régime accidentel et passager, mais dans la nature des choses, dans les nécessités du gouvernement, dans le droit imprescriptible de tout État. Les raisons qui le justifient sont, comme on a pu le voir, de tous les temps et de tous les pays. Ce n'est point un débris du régime féodal : c'est un principe de droit naturel.

Le deuxième principe est que les lois ou statuts ne s'appliquent point aux actes accomplis, même par les sujets hors du territoire. Cette idée trouve sa justification dans un autre principe, la souveraineté et l'intégrité d'un État ne tolèrent jamais qu'un souverain étranger fasse des lois sur son propre territoire. A la page 26, l'auteur dit :

Que l'État ne puisse exiger l'exécution de ses lois contre ses sujets à l'étranger, c'est le principe fondamental du droit international public ; c'est l'indépendance mutuelle des États qui le veut ainsi. Un souverain n'a pas le pouvoir ni le droit de commander aux autres souverains ni à leurs agents. Il n'a pas davantage le droit d'envoyer ses propres agents sur le territoire des autres États. D'aucune manière il ne peut prétendre à exercer sa souveraineté dans le sein

d'une société civile dont il n'est pas le chef. Les lois d'une nation ne seront exécutées dans une autre que lorsque le Souverain de cette dernière croira devoir le permettre : c'est lui alors, et lui seul, qui leur confèrera la force coercitive dans le pays qu'il gouverne.

### § III. — *Relation avec la doctrine de la non rétroactivité des lois*

L'unification de deux principes déjà énoncés trouve sa consécration dans l'article 2 du Code civil, article qui traite de la non-rétroactivité des lois.

Les détails de l'exposé de ses idées se trouvent indiqués dans le livre intitulé « *Synthèse de Droit international* » (p. 30-34) ainsi que dans son étude sur la rétroactivité ; matière à laquelle l'auteur a consacré un livre spécial.

### § IV. — *Le statut personnel suit le national*

Le troisième principe est que les lois sur l'état et la capacité suivant le domicilié (maintenant le national) à l'étranger et y gouvernent, pour leur part, ses actes et ses droits. Ces statuts, disaient les anciens, s'attachent à la personne. Ce principe peut être décomposé en deux idées.

1° Les lois portées par un souverain sur l'état et la capacité doivent être, à son égard, obligatoires pour ses sujets expatriés.

2° Bien plus, elles doivent être exécutoires pour et contre eux-mêmes sur le territoire des autres États ; ceux-ci doivent les admettre et y prêter la main. La justification de la première idée, d'après cet auteur, est dans la remarque que ces lois sont par ex;ellence

conservatrices de la fortune, de l'honneur, de la santé, du bonheur de l'individu et de la famille, et, par là même, de la prospérité de la société ; c'est que, adaptées par la sagesse du Souverain au tempérament physique et moral de ses sujets, elles sont les seules lois de cette nature qui leur conviennent parfaitement ; c'est qu'il ne faut pas qu'ils puissent se jouer de telles lois, en franchissant la frontière chaque fois qu'ils ont envie de les violer, et en revenant donner à leurs concitoyens le spectacle et l'exemple des résultats obtenus par leur désobéissance ; c'est aussi que la personne est une et que le même individu ne doit pas ; devant une même loi et pour un même acte, être capable ici et incapable là.

Il est clair que le devoir pour l'État de rendre cette catégorie de lois obligatoires pour ses sujets expatriés n'a rien d'international. C'est pour des raisons qui ne concernent que le bien de ses sujets, ses propres intérêts, sa dignité qu'il prend cette mesure.

§ V. — *Le souverain étranger est tenu par courtoisie de subir l'invasion des lois étrangères en matière de statut personnel.*

Quant au devoir qui incombe au souverain étranger, d'exécuter ses lois, l'auteur trouve que ce souverain fera cette exécution par courtoisie et utilité. La justice elle-même n'est pas étrangère à la question, mais elle n'élève pas la voix la première, elle ne parle qu'après l'utilité et seulement pour fortifier les exigences de celle-ci.

L'auteur met en relief l'idée qu'il se fait de la courtoisie et dans le paragraphe n° 153 il dit :

§ VI. — *La courtoisie s'impose au législateur et non au tribunal.*

Bien entendu ce n'est pas aux tribunaux, comme semblent pourtant le croire quelques jurisconsultes modernes, que la théorie des statuts confie le soin de décider si la courtoisie, l'utilité et par contre-coup la justice exigent ou non l'application des statuts personnels étrangers, c'est le législateur seul qui tranche la question d'une manière générale, et quand, expressément ou tacitement, il l'a tranchée par l'affirmation, tous les tribunaux n'ont qu'à s'incliner et à observer cette loi comme toutes les autres.

SECTION C

## Réponses aux critiques de M. Vareilles-Sommières

*Réponse aux critiques de M. de Vareilles Sommières si toutes les lois sont personnelles, les lois de chasse doivent suivre nos nationaux à l'étranger. L'origine de l'Etat est un contrat social. Le juge en appliquant le droit étranger se met au service du souverain étranger. La théorie italienne est une simple reproduction de la doctrine statutaire.*

### § I. — *Si toutes les lois sont personnelles les lois de chasse doivent suivre nos nationaux à l'étranger.*

Je me contenterais de refuter les principales critiques qu'adresse à la fameuse doctrine de Mancini, sur la personnalité des lois, M. de Vareilles Sommières dans les passages que nous venons de citer. Cet auteur désire déduire du grand principe de la personnalité des lois et du devoir que la doctrine italienne fait à l'État de veiller aux applications de ses lois à tous ses ressortissants résidants ou expatriés, une conclusion assez bizarre, en vertu de laquelle les lois de chasse qui sont d'ordre pénal et administratif, doivent être extraterritoriales. La raison pour lui est que en principe toutes les lois sont personnelles

à moins d'être arrêtées par la force de l'ordre public international et comme celui-ci est une émanation d'un gouvernement civilisé et organisé et que l'objet de l'espèce se rend dans un pays où aucune forme de gouvernement n'est connue, la personnalité ne reçoit pas un contre coup. Rien n'est plus faux, ni plus illogique. L'auteur oublie entièrement que la doctrine italienne est une solution du conflit des lois, qui suppose deux lois semblant avoir la même prétention à régir un rapport juridique déterminé. Dans l'espèce donnée par lui il n'y a pas de conflit des lois, il y a une personne qui se rend dans un pays où il n'y a ni loi, ni gouvernement, un pays barbare, Sahara ou hinterland.

§ II. — *L'origine de l'Etat est un contrat social.*

Le deuxième argument qu'il invoque est la prééminence du lien de séjour de résidence sur le lien de sang, de nationalité. La raison est tirée d'un passage cité de Rousseau pour la défense de sa théorie sur l'origine de l'État. Cet argument *a priori* est sans fondement. Il ne contient pas la moindre vérité. Il part d'un principe erroné et séduisant sur l'origine de l'État le contrat social. Les idées de Rousseau sur cette matière sont fausses soit au point de vue historique, soit au point de vue scientifique.

Le contrat originaire n'est montré nulle part. L'homme a toujours vécu en société, et en fait, il ne peut pas faire autrement. Il est de son essence, un animal social. Scientifiquement l'homme comme tout mamifère, comme tout animal bi-sexué ressent deux besoins primordiaux qui déterminent ses actions :

la faim et l'amour. Les instincts utilitaires de l'homme ont toujours pour buts d'éviter la douleur et de se procurer le plaisir. Par conséquent, d'accord avec ses instincts, la nature humaine tend, avant tout et par dessus tout, à assouvir ces deux besoins primordiaux : la faim en ce qui concerne l'individu, l'amour en ce qui concerne l'espèce.

Il suit nécessairement de cela, que tout ce qui est déduit de ces prémisses est inacceptable.

§ III. — *Le juge en appliquant le droit étranger se met au service du souverain étranger.*

La critique qui mérite d'être citée est que le juge applique la loi étrangère par une délégation expresse ou tacite de la part de souverain étranger. La théorie de nationalité ne prétend pas à des choses pareilles. Le souverain ne peut pas édicter une série indéfinie de règles et d'articles et obliger le juge à voir son rôle réduit à une simple fonction mécanique. Le souverain se contente d'émettre un certain nombre des règles directrices pour guider le juge dans les ténèbres et les labyrinthes des difficultés pratiques. Une grande partie de la réglementation est nécessairement laissée aux initiatives des praticiens. Ceux-ci n'ont pas tardé à combler la lacune et à bâtir un système bien coordonné du droit qui tantôt complète ce que le législateur a voulu, tantôt y déroge : cette énorme législation non promulguée est connue sous le nom de « jurisprudence, précédent, case-law, judge-made law ». C'est dans ce domaine, où les juges sont libres de légiférer, que la doctrine de Mancini s'adresse à eux, se recommande à leur bon sens, à leur esprit pratique et équitable.

C'est là que cette théorie s'impose à ces jurisconsultes comme un principe de justice, comme un moyen de rendre à chacun ce qui lui convient. Le juge en appliquant les principes d'équité et de justice se met-il au service d'un souverain étranger ?

§ IV. — *La théorie italienne est une simple reproduction de la doctrine statutaire*

Enfin, l'auteur prétend que cette théorie n'est autre chose que la théorie des Statuts rajeunie et expliquée sous une autre forme plus subtile pour cacher la fraude de l'auteur. Mancini n'aura aucun mérite, il n'aura rien fait pour l'avancement des recherches scientifiques et la découverte d'une solution qu'il propose, aura été connue plusieurs siècles avant lui. Il nous suffit de dire que cette théorie qui a amélioré la morale internationale et qui a orienté les esprits vers la justice, donne aux lois nationales un champ d'application plus large et plus souhaitable en même temps qu'elle étend, plus que ne le fait la théorie des statuts, les garanties nécessaires pour la conservation de l'ordre social et la sauvegarde des intérêts publics et collectifs. La manière d'envisager la question n'est pas la même dans les deux théories, ils partent même de deux principes antagonistes : la « territorialité » dans les statuts, et la « personnalité » dans la théorie de la nationalité.

SECTION D

## Critique de la doctrine propre de M. Vareilles-Sommières

*Critique de la doctrine propre de M. de Vareilles Sommières :*

*M. de Vareilles Sommières est hanté par l'esprit de la féodalité. L'Etat est la personnification de la nation. Incohérence du système. Insuffisance du système pour protéger l'Etat. L'auteur lui-même reconnaît les arguments de Mancini. Critique de la base de la théorie de M. Vareilles Sommières : la comitas gentium. L'analogie avec la non-rétroactivité des lois est sans fondement.*

### § I. — *M. de Vareilles Sommières est hanté par l'esprit de la féodalité*

M. de Vareilles Sommières, par la forme nouvelle qu'il a donnée à la théorie surannée, n'avait fait qu'accroitre les complications du problème sans enrichir la science par des évolutions bienfaisantes. Loin de s'occuper du bonheur des malheureux être humains, qui dans leur esprit étroit et méchant continue à distinguer le national de l'étranger, il ne s'occupe que du bonheur de la terre, du sol, disons de la seigneurie. Pour lui l'État est fait pour un territoire déterminé, plutôt que pour une nation déterminée. L'individu

n'est pas l'objet de l'action de l'État ; l'État ne s'occupe pas de lui : il s'occupe de son territoire. Ses intérêts viennent seulement en second ordre et l'État doit être indifférent pour ses nationaux. M. Vareilles Sommières tend par là à bouleverser l'organisme social, à méconnaitre l'avancement de la science qui s'occupe du bonheur des êtres humains et d'eux seulement. Il méconnait encore que les idées philosophiques et mêmes scientifiques du XIX^e^ siècle, ne voient une justification de l'ordre social dans lequel nous vivons, que dans l'intérêt personnel de chacun. La division de l'Univers en un nombre déterminé d'États n'est que la répartition rationnelle et logique du travail qui a pour objet la félicité des races. Il est même très heureux de constater que notre ère actuelle témoigne la co-opération de toutes les nations vers ce but sacré par l'inauguration de la Société des Nations. Les fondateurs de cet immense organisme social, prirent soin de le nommer par l'épithète : nation, pour bien marquer, une fois de plus, qu'il est toujours dans leur esprit que les États ne sont pas autre chose que les nations.

§ II. — *L'Etat est la personnification de la nation.*

L'État est par essence même, dans la notion juridique et sociale, comme il a été démontré, la personnification de la nation.

Évidemment, il faut bien reconnaitre que les institutions juridiques et économiques de celui-ci ne sont que la personnification des intérêts nationaux et le reflet des mœurs, coutumes, tempéraments et même religions des ressortissants.

Plus bizarre encore dans les idées de M. Vareilles Sommières, sa manière de corroborer l'exterritorialité des lois sur l'état et la capacité.

Il dit une fois de plus que ces lois régissent les nationaux à l'étranger parce qu'elles sont conservatrices de la fortune, de l'honneur, et de la santé, du bonheur de l'individu et de la famille, et par là même de la prospérité de la société, par ce que adaptées, par la sagesse du souverain, au tempérament physique et moral de ses sujets.

L'auteur prend soin de mettre toujours en relief la supériorité des biens sur l'individu. Il invoque comme raison que l'objet de ces lois est la protection des richesses, et comme ces richesses viennent d'un instrument de la production, cet instrument et facteur se trouve inévitablement protégé. Inutile de dire combien ces idées sont néfastes à l'intérêt d'une société civilisée et humanitaire. Toutes ses phrases sont hantées par l'esprit de féodalité et de réaction.

§ III. — *Incohérence et insuffisance du système.*

L'incohérence de ses opinions et de son système est clairement démontrée par l'illogisme de ses arguments et la contradiction de leurs diverses parties.

Un système comme celui de Vareilles Sommières laisse l'État dans un danger contre lequel il ne peut se défendre. Pour lui un État est obligé de subir, l'invasion d'un droit étranger tant que ce droit se rapporte aux statuts personnels des étrangers.

Quoi de plus étrange, et de plus dangereux que de laisser un État appliquer une loi d'incapacité pour des

raisons qui se trouvent dans son milieu social comme contraires à la liberté humaine.

Trouverait-on en France un juge ou un juriste qui fut disposé, à déclarer une personne incapable et vouée à l'interdiction et à la tutelle parce qu'elle a abjuré sa religion ?

Trouverait-on en France, pays de liberté et de démocratie, quelqu'un qui fut disposé à déclarer un prince de sang royal incapable de contracter mariage parce que sa capacité pour contracter mariage est soumise à une autorisation royale ?

M. de Vareilles Sommières ne peut nier que ce sont des lois sur la capacité, et, suivant ses conclusions, elles doivent régir les nationaux à l'étranger.

### § IV. — *L'auteur lui-même reconnaît les arguments de Mancini.*

On peut même tirer des arguments qui ne viennent que renforcer la théorie de Mancini. La phrase suscitée indique d'une manière claire que la sécurité des intérêts des nationaux fait le bonheur de la société ; ce qui veut dire que les intérêts de l'État ne sont autre chose que les intérêts des regnicoles. L'auteur dit que l'État c'est la nation, parce que la raison le conduit naturellement à faire cette affirmation.

Cet aveu involontaire est certainement l'argument capital et décisif contre son système.

L'esprit de l'auteur est tellement imprégné du souvenir de la féodalité qu'il cherche à faire revivre la doctrine de la Courtoisie internationale.

Les statutaires eux-mêmes n'osaient pas le dire, et

c'est seulement dans des pays de despotisme que la théorie de la Courtoisie internationale a reçu son plein développement pour être enseveli dans l'oubli le jour où les esprits seront plus avisés et prudents.

§ V. — *Critique de la base de la théorie de M. de Vareilles-Sommières*

L'auteur prétend que la base de l'application des lois étrangères dans un pays est *la Comitas gentium*. Il voit le gouffre auquel il amène la science, et il se hâte de constater que pour lui c'est un *Comitas* d'un genre spécial qui incombe au législateur et non au juge. Il cherche par un argument tardif à mettre en relief l'idée d'utilité et de justice. Mais tout cela ne le laisse pas irréprochable d'avoir invoqué des anachronismes qui prouvent une fois de plus son esprit de réaction.

Le *comitas gentium* n'est plus citée, même par les auteurs anglais. Elle méconnait au Droit International le caractère de droit, même positif. Elle est néfaste au commerce international, au développement des rapports mutuels puisque, par définition même, elle est exclusive de toute certitude.

§ I. — *L'analogie avec la non rétroactivité des lois est sans fondement.*

Pour légitimer l'exterritorialité des lois sur l'état et la capacité, l'auteur se trompe en invoquant le principe de non-rétroactivité des lois. Il oublie qu'il s'agit dans ce principe des lois successives et non pas des lois simultanées et concurrentes comme elles le sont dans les hypothèses de conflit. D'ailleurs, comme le montre M. Pillet (p. 138). La raison d'être de la

non-rétroactivité n'existe nullement en droit international. C'est parce que le législateur d'un pays est garant de l'application de sa loi ; qu'au moment où cette loi a disparu, remplacée par une règle nouvelle, il reste cependant tenu d'en reconnaitre et d'en sanctionner les effets. Il est impossible de prétendre que le législateur soit d'une façon quelconque garant de l'application des lois étrangères, et par là tombe l'échafaudage sur lequel on a tenté d'exterritorialiser la territorialité.

---

# CHAPITRE VII

## *Système du but social des lois*

SECTION A

### Introduction

*L'appréciation de la doctrine de M. de Pillet par M. de Vareilles Sommières. L'avis de M. Pillet sur la nouvelle doctrine statutaire et les autres théories.*

Le système proposé par M. Pillet a été exposé par lui dans le journal de Droit International de 1894 et dans son livre intitulé « *Principes de droit international privé*, édition de 1903 ».

Aussitôt que cet exposé a été connu, une polémique critique de la plupart des auteurs a suscité des controverses passionnées.

Ce système qui soutient qu'il y a des lois ayant pour but l'intérêt exclusif de l'individu et d'autres, l'intérêt exclusif de la société, est vain, car les intérêts de l'individu et ceux de la communauté sont intimement liés, de telle façon qu'il soit impossible de les séparer.

§ I. — *L'appréciation de la doctrine de M. Pillet par M. de Vareilles-Sommières*

M. de Vareilles Sommière dit que Pillet, par l'obscurité et la manière confuse et abstraite dont il expose la question, n'a fait que montrer, une fois de plus, à quelles divisions sans fin, à quels efforts pénibles, à quel désarroi est en proie le camp des jurisconsultes qui, faute de bien connaitre la théorie de statuts, l'ont répudié.

§ II. — *L'avis de M. Pillet sur la nouvelle doctrine statutaire et les autres théories*

M. Pillet, à son tour, déclare que l'on n'a encore rien mis de solide et de soutenable à la place de la théorie statutaire. Il confesse « l'échec relatif des systèmes les mieux ordonnés et les plus divers, l'incertitude qui pèse sur cette science au point de décourager fréquemment ses plus fidèles adeptes, l'impossibilité de justifier la doctrine italienne, l'insuffisance de la doctrine inacceptable de Savigny et de ses disciples ».

M. Pillet va jusqu'à méconnaitre le très grand pas que la science a fait dans cette matière. Il invoque la faillite de tous les systèmes en l'absence de principes premiers clairs et solides. Ces principes d'après lui nous ne les possédons pas, et force nous est de les chercher ou de nous résigner à une perpétuelle stérilité. Avant d'examiner la théorie de M. Pillet sur la recherche du but social des lois je me trouve, en conformité avec le plan et le but de cette dissertation, obligé d'exposer les critiques que M. Pillet a adressées à l'école italienne.

SECTION B

## Les critiques faites par M. Pillet à la théorie de Mancini et ses réfutations

---

§ I. — *Les arguments qui servent à étayer la doctrine italienne ne sont pas sérieux.*

*Les arguments qui servent à étayer la doctrine italienne ne sont pas sérieux. Réponse à ses critiques. Le droit est une subdivision de la sociologie.*

M. Pillet dans ses *Principes de Droit international*, (p. 139) nous dit : « Dire que la loi personnelle est toujours en principe la loi compétente, c'est encore méconnaitre ce grand fait, que là où plusieurs lois se trouvent en présence, plusieurs souverainetés sont en conflit, ayant toutes de bonnes raisons d'être écoutées et méritant au moins de n'être pas sacrifiées à une seule d'entre elles, à moins qu'il n'existe une raison péremptoire d'agir ainsi. Or, quelle serait cette raison ? On allègue après Montesquieu que les lois varient d'après la situation, le climat, les habitudes, bref, les circonstances locales. C'est une bonne observation sous la plume d'un philosophe ; dans la bouche d'un jurisconsulte, un bien pauvre argument. Doit-on se résigner à résoudre un problème si vaste et si sérieux que le nôtre, à l'aide d'un simple motif de convenance, et encore quelle n'est pas la faiblesse de ce motif ? »

Dans un autre passage, M. Pillet voit dans la doctrine de Mancini une thèse politique brillante et fausse, émise au profit d'une cause dont elle a contribué à assurer le succès. « Les partisans de la personnalité moderne, tout comme les réalistes, admettent des exceptions à leur principe, et, dans les deux cas, ces exceptions contredisent la principe qu'elles ont pour objet de limiter. Si les lois sont, par leur nature, personnelles, elles le sont toutes, et l'on ne comprend plus, par exemple, l'exception d'ordre public qui est pourtant partie intégrante du système italien. L'admission de cette réserve, pratiquement indispensable, prouve bien, que toutes les lois ne sont pas personnelles, ou, ce qui revient au même au point de vue international, qu'il en est chez lesquelles le caractère de réalité l'emporte nécessairement sur celui de personnalité. C'est donc que le principe premier n'est pas exact, qu'il n'est pas vrai dans toutes les lois et que s'il l'est dans quelques-unes, il ne repose pas sur les raisons générales et absolues que l'école italienne lui assigne ».

### § II. — *Réponse à ses critiques.*

Il est regrettable de constater que les critiques d'un auteur de valeur, comme M. Pillet, sont des sophismes. Il dit que la doctrine italienne de Mancini sur la personnalité est brillante et fausse, sans invoquer les raisons pour lesquelles il donne ce jugement sévère. Il croit que les exceptions sont en contradiction avec le principe, sans se donner la peine de montrer, par un exemple concret, la véracité de cette affirmation. Il critique la doctrine italienne parce que celle-ci

avait une répercussion souhaitable sur la morale internationale et les évènements politiques.

Cette théorie part d'un principe général et arrive, par une analyse minutieuse et scientifique des institutions politiques et juridiques à faire des limitations et des exceptions. La valeur scientifique d'une doctrine n'est pas dans sa physionomie littéraire, mais dans la simplification qu'elle produit dans le domaine de la pratique.

La doctrine italienne, à côté de la grande simplicité qui la fait justement briller, a beaucoup contribué à alléger la tâche du praticien, en lui donnant des solutions précises et rationnelles.

### § III. — *Le droit est une subdivision de la sociologie.*

M. Pillet croit que tous les arguments que l'on peut tirer du domaine de la philosophie sociale sont hors de propos dans le domaine juridique. Il ne nous donne pas de motifs, pour qu'un argument de la sociologie ne soit pas applicable à une subdivision de cette science. Hâtons-nous même de constater que les arguments de la doctrine italienne ont été découverts par un juriste français qui a passé toute sa vie dans la pratique et qui a naturellement tiré ses principes de ses expériences quotidiennes. M. Pillet lui-même est impuissant devant la force de ces arguments et il les admet sans les contester sérieusement.

Une fois ces principes pris comme base de notre recherche, M. Pillet doit inéluctablement en suivre les conséquences rationnelles ; son manque d'esprit

de suite est très facile à découvrir, il subit les principes, faute de pouvoir les réfuter, mais il refuse de suivre les conséquences naturelles et logiques découlant de ces données.

SECTION C

## Le système de M. Pillet

*Méthode de l'auteur : recherche de la nature de la loi. Caractères de la loi : généralité et permanence. Dans le domaine du droit international la loi perd l'un de ses deux caractères. La loi est un moyen vers un but. Distinction entre l'intérêt général et l'intérêt privé. Le but d'une loi est la protection de l'intérêt social ou la protection de l'intérêt privé. Le critérium. Les lois de garantie sociale sont des lois d'ordre public. Procédé direct pour reconnaître le but de la loi : à qui profite la loi. Procédé indirect.*

### § I. — *Méthode de l'auteur recherche de la nature de la loi*

Pour M. Pillet, la seule solution satisfaisante du conflit des lois est la recherche de la nature de la loi, expression de la volonté souveraine du législateur. Cette recherche doit porter sur l'étude des qualités que la loi porte dans les rapports intérieurs et internationaux.

Les lois sont par leur nature à la fois territoriales et extraterritoriales, ce qui veut dire, dans la langue de l'auteur, qu'elles obligent spontanément d'une part tous ceux qui habitent le territoire, fussent-ils étrangers ; d'autre part, tous les nationaux expatriés.

Ce principe découle de deux caractères, de deux attributs essentiels à la loi et dont on ne saurait la dépouiller sans qu'elle cessât de mériter son nom, la généralité et la permanence.

§ II. — *Caractères de la généralité et permanence.*

La généralité est ce caractère nécessaire de la loi en vertu duquel la loi faite pour une certaine catégorie de personnes doit s'appliquer à toutes celles qui, comprises dans cette catégorie, sont trouvées sur le territoire du législateur qui l'a promulguée.

La permanence est ce caractère de la loi en vertu duquel cette loi suit la personne qui lui est soumise en tout lieu et l'accompagne dans toutes les circonstances où cette personne peut se trouver.

Donc toute loi, — si rien ne contrariait sa tendance naturelle —, serait à la fois territoriale et extraterritoriale, personnelle et réelle dans les relations internationales. Mais il y a plusieurs États dans le monde et si leurs lois produisaient librement leur effet naturel, tout individu résidant hors de sa patrie serait soumis en même temps aux exigences contradictoires de deux législations, et jugé d'après l'une ou d'après l'autre suivant la nationalité du tribunal saisi.

L'auteur s'applique, après cette exposition de sa théorie, à montrer la différence qui le sépare des autres auteurs. Laissons la parole à notre auteur, (p. 254 de son ouvrage).

« Et ceci permet de mesurer déjà la distance qui sépare nos doctrines de celles qui sont le plus communément acceptées. Pour les statutaires, et peut être déjà pour leurs prédécesseurs, les bartholistes, un statut était en règle générale, territorial. Ils considéraient donc que les lois sont naturellement générales dans leur application, sauf à faire subir à ce principe

les exceptions que la pratique du commerce interprovincial rendait nécessaires. A l'époque où écrivaient les statutaires, cette façon d'envisager les choses pouvait se soutenir. Dans un état social où la souveraineté consistait dans une sorte de propriété immobilière, on ne manquait pas de logique en attribuant aux actes émanés du pouvoir souverain le caractère strictement territorial des pouvoirs du propriétaire. Pour la même raison l'attribution de la nationalité par la naissance se faisait conformément au *jus soli*, la dénationalisation qui accompagne fatalement toute annexion de territoire atteignait les sujets domiciliés dans les provinces annexées et l'axtradition d'un criminel n'était pas accordée, si ce n'est en vertu de certains traités et pour les crimes politiques seulement.

Nous l'avons dit plus haut, l'inélégance de la théorie statutaire consistait bien moins dans son principe que dans les exceptions que, sous le nom de statuts personnels, elle apportait à ce principe. Jean Voet seul recula devant cette inélégance et demeura rigoureusement logique. Mais ces considérations, bonnes pour l'ancien droit, ne peuvent plus être invoquées à notre époque, où la loi n'est plus l'expression de la volonté d'une sorte de propriétaire, mais un moyen donné au souverain de remplir ses fonctions par rapport à la communauté qu'il dirige. Le système contraire de la personnalité des lois n'est pas plus juste.

Ce système pouvait être exact à l'époque des invasions où l'État territorial n'existait pour ainsi dire pas, il a cessé de l'être par l'avènement de la féodalité

qui a marqué le passage d'un excès à l'excès contraire. Actuellement il revient à dire que les lois sont, par nature, permanentes. C'est vrai, mais cette analyse est imparfaite et oublie que les lois sont également générales et que ce dernier caractère n'est chez elles, ni moins régulier, ni moins essentiel que le premier. Il fait donc subir aux lois dans les relations internationales, une déformation arbitraire, que l'importance du reste indéniable, de l'idée de nationalité, ne suffit pas à justifier. S'il est vrai que les lois sont permanentes, elles sont également générales et la proclamation de leur personnalité n'est rien autre que l'affirmation gratuite et injustifiée de la prépondérance de l'un des caractères de la loi sur l'autre ».

§ III. — *Dans le domaine du droit international la loi perd l'un de ses deux caractères.*

Revenons à l'étude qui nous occupe. L'auteur poursuit l'analyse et l'exposé de sa doctrine en montrant que, dans les rapports internationaux, une loi n'aura jamais la plénitude d'effets qu'elle possède dans les rapports purement nationaux. Si on la déclare permanente, elle perd sa généralité d'application. Si on la proclame générale, sa permanence est sacrifiée. C'est le mauvais côté de la territorialité. Fatalement, par le vice de son origine, par la nécessité des circonstances au milieu desquelles elle est appelée à exercer son autorité, la loi sera imparfaite dans son action internationale. On ne peut pas remédier à cette imperfection : il faudrait pour cela une seule loi commune à l'univers entier. Retenons donc cette première constatation : les lois sont naturellement permanentes

dans leur effet et générales dans leur application ; elles sont à la fois territoriales et extraterritoriales, mais l'harmonie à établir entre elles au point de vue international exige que l'on sacrifie dans chaque cas l'un de ces deux caractères pour s'attacher exclusivement à l'autre.

L'auteur met en relief l'idée directive de toute recherche suivant son système, en disant à la page 266 : « Nous nous attacherons donc, comme à un principe absolu, à cette idée que la solution à choisir dans chaque cas est celle qui respecte le mieux l'effet social de la loi impliquée dans le débat, ou, en d'autres termes, plus strictement exacts, à la solution qui réduit à la moindre mesure la déperdition d'autorité qui résulte, pour une loi, de son emploi dans les rapports de droit internationaux.

Cette première idée est l'évidence même. La raison d'être de la loi gisant dans l'action sociale que le législateur en attend, l'harmonie la plus parfaite que l'on puisse obtenir est fatalement dans la solution, qui sacrifie la moindre part de l'action sociale de la loi !

C'est la nature sociale de la loi qui nous fournira la clé du problème.

La loi n'a pas en elle-même sa raison d'être. Considérée seule elle apparait comme un ordre ou une défense, en tous cas comme une restriction à la liberté de l'individu, restriction qui serait incompréhensible et injuste, si elle ne puisait sa légitimité dans l'existence certaine d'une nécessité sociale. Ce qui donne à la loi sa raison d'être, c'est la « nécessité sociale » à laquelle elle donnera satisfaction : à cette nécessité elle emprunte sa légitimité, son importance plus ou

moins grande, les caractères qui la distinguent des autres actes de l'autorité et qui, dans le domaine propre aux lois, permettent de ranger celles-ci en catégories séparées par quelque trait essentiel.

### § IV. — *La loi est un moyen vers un but.*

La loi n'est rien autre qu'un « moyen » créé en vue d'arriver à un but. C'est, comme le disent volontiers les philosophes, un des « moyens » permettant de réaliser le bien social. La loi est un des moyens en quelque sorte amorphe, également propre à la réalisation de quantité de buts sociaux, différents, moyen que l'on ne peut, dans chaque cas où il est employé, connaitre pertinemment et qualifier exactement qu'en se référant au but en vue duquel il a été mis en œuvre.

La connaissance du but de la loi est le grand ressort de l'interprétation et s'il en est ainsi, c'est parce que le but poursuivi est en réalité l'âme de la loi.

Mais notre seconde affirmation est plus importante encore et touche à un côté de la question qui n'a pas été abordée jusqu'ici. Le problème auquel nous sommes attachés n'est pas d'ordre intérieur, mais d'ordre international. Il ne suffit pas pour le résoudre de dégager la solution qui est en elle-même la meilleure, il faut encore que cette solution soit de telle nature qu'elle s'impose à l'observation, qu'elle représente véritablement le devoir des États les uns à l'égard des autres. C'est à ce titre seulement et suivant cette méthode que nous édifierons une théorie internationale. En mesurant en effet, dans chaque cas la portée internationale d'une loi sur le but qu'elle poursuit, elle a le double avantage de ne point impli-

quer de principe *à priori* comme élément de décision et de réaliser dans la mesure du possible l'objet que le législateur s'est proposé d'atteindre, en faisant la loi en question. Il ne faut point se livrer à l'illusion et penser que les lois pourront avoir, dans notre discipline, la même plénitude d'effets qu'elles possèdent en droit intérieur. Pour que cela fut, il faudrait chez tous les peuples une législation uniforme. Aussi longtemps que l'action de notre science se bornera à chercher la meilleure combinaison possible des lois de différents pays, on devra se résigner à admettre que les lois n'auront pas, de nation à nation, une autorité aussi complète que dans le sein d'une même nation.

Réduire à son maximum cette déperdition fatale d'autorité en choisissant celle des lois en présence qui promet un résultat se rapprochant le plus du but à atteindre, n'est-ce pas la solution la plus sage, celle que commande la raison.

Le *postulatum* indispensable du système proposé, est que les lois en conflit poursuivent toutes le même but social. Les différences de règlementation ne décèlent point la présence des buts divers, ce sont tout simplement autant de moyens de parvenir à un même but ».

### § V. — *Distinction entre l'intérêt général et l'intérêt privé.*

L'auteur continue l'analyse des éléments constitutifs du problème en montrant que le rôle du législateur en matières de Droit privé est de réaliser l'accord des intérêts divergents. Or ces intérêts sont de deux sortes : il y a, d'une part, les intérêts sociaux, communs

à tous les membres de la société, et il y a, d'autre part, les intérêts individuels qui varient d'une personne à l'autre et constituent le patrimoine de chacun, si l'on prend ce mot de patrimoine dans son sens le plus large et comme comprenant même les biens qui n'ont rien de pécuniaire. Le problème posé au législateur du Droit privé est de trouver une formule qui ménage en même temps ces deux classes d'intérêts. Son œuvre se présentera invariablement sous la forme d'une transaction entre deux tendances qui se contrarient : la tendance communiste qui irait volontiers jusqu'à sacrifier à la communauté la liberté de l'individu ; la tendance individualiste qui, exagérée, risquerait de mettre en péril la société, par un respect trop absolu des droits de chacun.

Dans toute société, le pouvoir souverain devra se manifester dans ce double sens ; son caractère éminemment social le veut ainsi. Une socitié, a bien examiner les choses, n'est rien autre qu'une collection d'individus ayant chacun son individualité, ses intérêts, ses passions. Pour que la société vive, plus encore pour qu'elle prospère, il faut que ses membres y trouvent la satisfaction de leurs besoins, de leurs aspirations. Mais l'homme ne peut obtenir ces avantages que dans l'état de société ; il est donc légitime et nécessaire de pourvoir avant tout aux conditions d'existence de la société.

### § VI. — *Le but d'une loi est la protection de l'intérêt social ou la protection de l'intérêt privé.*

Voilà donc deux séries de conditions qui s'enchainent et si naturelles, si impérieuses les unes et les

autres, qu'il est vraiment impossible d'établir entre elles un ordre de préséance. Les restrictions mises à la liberté de l'individu par le droit privé s'inspireront elles-mêmes fatalement de l'un ou de l'autre de ces deux motifs ; protéger l'individu contre la société ou la société contre l'individu.

### § VII. — *Le critérium.*

Les lois essentiellement permanentes sont les lois faites dans l'intérêt de la personne ; les lois faites dans l'intérêt de la communauté sont les lois générales.

Les lois faites en considération de la situation particulière d'une personne tendent toujours et nécessairement à la protéger. Or il est évident qu'une protection n'atteint son but qu'autant qu'elle est continue. Il faut qu'elle dure aussi longtemps que le danger auquel elle sert de contre-partie. Il faut qu'elle agisse sans cesse, du moment où la protection est devenu nécessaire jusqu'à celui où elle cesse d'être utile. Ce sont des lois essentiellement permanentes et qui manqueront inévitablement leur but si elles n'accompagnent pas la personne en tout temps et en tout lieu.

### § VIII. — *Les lois de garantie sociale sont les lois d'ordre public.*

Il en est tout autrement des lois de garantie sociale ou d'ordre public. Chacune de ces lois représente quelque principe jugé indispensable à l'existence paisible d'une société et à la satisfaction des besoins communs aux membres qui la composent. Les infractions qui peuvent y être faites réfléchissent sur la

société entière. Il n'en faut pas davantage pour voir que des infractions de ce genre ne peuvent pas plus être tolérées de la part des étrangers que de celle des nationaux. Ces lois s'appliquent donc également aux étrangers et même si une différence pouvait être faite, elle devrait être contraire à ces derniers dont la présence sur le territoire peut devenir pour l'État la source de dangers spéciaux.

### § IX. — *Procédé direct pour reconnaître le but de la loi : à qui profite la loi.*

Les lois de garantie sociale présentent ce caractère d'imposer aux personnes qui en subissent l'effet une restriction de liberté sans compensation. Ce n'est pas la personne qui recueille le bénéfice du sacrifice qu'elle doit consentir : c'est la société tout entière. Quant à la personne particulièrement intéressée dans chaque cas, la charge qui lui est imposée est purement une charge. Notre doctrine ramène donc le problème de la portée internationale des lois aux termes suivants une lois est-elle faite pour le bien de l'individu ou pour l'avantage direct de la communauté ? Comment arrivera-ton à distinguer les lois appartenant à ces deux catégories ? La chose ne sera pas toujours facile. Cependant, le plus souvent, on arrivera dans cet ordre d'idées à la certitude, soit par un procédé direct, soit par un procédé indirect. Le procédé direct consiste à se demander à qui profite la loi, à l'individu ou à la communauté. Il faut ici préciser le sens des termes. Toute loi contient une restriction à la liberté de l'homme. Lorsqu'on se demande si elle profite à l'individu, pour qui elle est faite, c'est nécessairement

de l'individu dont elle restreindra la liberté qu'il s'agit. C'est celui-la qui supporte le fardeau de la loi ; c'est par rapport à lui que la question a son sens. Du moment que les biens ne se réalisent pas en la personne de celui, au prix de la liberté de qui il est acheté, la loi est une loi de garantie sociale. Il importe peu alors que ce soit la communauté tout entière qui bénéficie de l'application de la loi, « comme cela arrive quand un criminel expie son crime » ou que ce soit un membre quelconque de cette communauté, comme le second acquéreur d'un immeuble déjà vendu qui fait transcrire son titre avant le premier. Il demeure toujours vrai que la personne qui profite de l'application de la loi, n'a aucun titre particulier qui explique le profit qu'elle en retire. La seule qualité de membre de la communauté suffit à justifier l'avantage qui lui est procuré, et encore faut-il dire que cette expression est ici beaucoup plus large que celle des citoyens et comprend toutes les personnes ayant un intérêt quelconque sur un territoire déterminé. Ces lois, n'ayant rien de personnel au sens ancien du mot, sont donc faites pour la communauté tout entière. Ce sont des lois territoriales.

### § X. — *Procédé indirect.*

On peut aussi employer le procédé inverse qui, comparé au précédent, est encore l'application de la même méthode. Au lieu de se demander qui recueille les biens de la loi appliquée, on peut rechercher qui supporte le mal de la loi non appliquée, s'il en résulte un danger qui menace également une personne quelconque ou si l'inconvénient qui en découle se localise

sur une tête et laisse tout autre personne indifférente. Tout cela suppose un conflit se produisant entre une loi que l'on prétend applicable à titre de loi territoriale et une autre loi que l'on invoque comme loi personnelle. Mais ces conflits ne sont pas les seuls, s'ils sont les plus fréquents, et il peut arriver qu'une question mette en présence deux lois de même nature et entre lequelles cependant l'hésitation peut être grande. Ces problèmes, sont les plus difficiles de tous. Ici l'exemple classique nous est fourni par l'abordage. C'est un cas, malheureusement fort pratique et scientifiquement fort curieux. Les lois qui mesurent les responsabilités en cas d'abordage sont, sans aucun doute, des lois de sûreté, donc des lois d'ordre public, ou de garantie sociale, donc des lois territoriales. Il n'est pas douteux qu'un abordage qui se produit en rivière ou dans la mer territoriale d'un pays, ait ses conséquences régies par la loi de ce pays. Lorsque l'abordage a lieu en pleine mer, la question est infiniment plus délicate. Il n'est pas douteux qu'entre vaisseaux portant le même pavillon, la loi commune doit être appliquée. C'est encore un cas où une loi territoriale se mue en loi personnelle. *Plus exactement c'est encore une preuve de la personnalité des lois, dans lesquelles le caractère territorial est cependant prépondérant* ! Mais entre vaisseaux portant un pavaillon différent, la question est presque insoluble. De l'abordeur ou de l'abordé, quel est celui dont la loi doit triomphér dans ce litige ? Voilà un conflit qui s'élève entre deux lois personnelles ou fonctionnant dans leur qualité de lois personnelles et qui ont l'une et l'autre le même titre à se voir appliquées. Ce sont des lois

protégeant la navigation contre les risques qui peuvent lui faire courir, l'imprudence ou l'inexpérience d'autrui. On sait les difficultés de cette question. Elles proviennent précisément de ce que entre les deux lois concernées l'égalité est parfaite.

Ces conflits n'ont pas des solutions rationnelles, l'intérêt des États représentés par leurs lois étant le même, il n'y a pas moyen de décider entre eux. Il faut faire appel au droit positif, lois, traités, coutume qui seule peut combler cette lacune, laissée par l'application des principes et faire œuvre d'assistance internationale.

SECTION D

## Critiques de la doctrine de M. Pillet

*Les statutaires sont les précurseurs de M. Pillet. Chaque loi a pour but l'intérêt social et privé à la fois. Comment une loi perd un caractère inséparable. La classification de M. Pillet est une pétition de principe, L'impossibilité pratique de découvrir un but exclusif pour une loi. La loi de recrutement a-t-elle pour but la protection de l'individu. Supériorité de la doctrine italienne. La doctrine de M. Pillet complètera le système de Mancini.*

§ I. — *Les statutaires sont les précurseurs de M. Pillet.*

La recherche du but social des lois, tâche très ardue, a été mise en lumière pour la première fois par les statutaires. Ceux-ci limitant leurs recherches aux lois sur la capacité, cherchaient à distinguer parmi celles-ci : les lois qui ont pour but la protection de l'individu et celles qui lui imposent une restriction, une incapacité pour des raisons d'ordre public. Nous avons trouvé que les auteurs admettaient que seules les incapacités qui ont pour but la protection de l'individu le suivent partout et ne connaissent pas une limite de territoire. Plus tard l'idée a été rejetée à cause de désarroi et confusion auxquels, elle aboutit. De nos jours, M. Pillet comme il résulte de sa théorie exposée plus haut, a repris cette même idée en la

complétant par une recherche philosophique sur la nature des lois. Sa doctrine, bien étayée, aura-t-elle une vie plus fortunée que celle de ses précurseurs, les statutaires ?

§ II. — *Chaque loi a pour but l'intérêt social et privé à la fois.*

Rendons à M. Pillet l'hommage qu'il mérite, sa doctrine est pour nous un motif nouveau d'adhérer fortement à la doctrine de Mancini. L'auteur par un travail laborieux, d'une valeur analytique et scientifique incontestable a prouvé une fois de plus la solidité du système italien. Il a contribué à nous fournir un arsenal pour défendre les données directrices de la théorie de la nationalité. Avant d'aborder la critique de son système ingénieux, il n'est pas hors de propos de montrer que la nature des lois dans le sens qu'il donne est une idée qui conduit à des résultats étranges et contradictoires. En effet, par nature, toute loi d'après lui, oblige les étrangers sur le territoire de l'État et les nationaux hors du territoire. On ne saurait le dépouiller de cette qualité sans qu'elle cesse de mériter son nom. Mais le domaine de droit international elle doit perdre une de ces deux qualités, la permanence ou la généralité.

§ III. — *Comment une loi perd un caractèrd inséparable.*

Comme le dit M. de Vareilles Sommières, comment les lois peuvent-elles perdre un caractère inséparable. Que peut dire M. Pillet pour les lois qui sont destinées à créer un privilège exclusif au profit des nationaux, comme l'inéligibilité aux fonctions publiques où à

faire incomber une charge aux étrangers comme la nécessité de fournir la (*caulio judicatum solvi*), etc. L'auteur trouve l'explication de cette idée étrange de M. Pillet. Ce qui a égaré M. Pillet, dit-il dans son ouvrage, § 261, c'est la vieille maxime, *lex praeceptum est commune*, qu'il n'a comprise que vaguement. Cette maxime, toujours vraie, veut dire qu'on n'appelle pas loi, dans l'usage, le commandement que le souverain adresse seulement à une ou plusieurs personnes, nommément désignées. On appelle loi que le commandement qui s'adresse soit à tous les sujets purement et simplement, soit à tous ceux des sujets qui ont telle qualité, accomplissent tel acte ou exercent telle fonction, même dans cette seconde hypothèse qui est de beaucoup la plus fréquente, le *praeceptum est commune*, la loi est générale, car elle s'adresse à tous sous la condition qu'ils auront telle qualité, accompliront tel que l'acte, etc. M. Pillet admet très bien qu'une loi est digne de ce nom quand elle s'adresse seulement à une catégorie de personnes déterminées par l'âge, par le sexe. Comment ne voit-il pas qu'elle est tout aussi bien un précepte commun quand elle s'adresse à une catégorie de personnes déterminées par la nationalité ?

### § IV. — *La classification de M. Pillet est une petition de principe.*

Remarquons que la classification des lois en lois de protection individuelles et lois de garantie sociales n'est qu'une pétition de principe. Il est impossible de distinguer nettement les deux catégories de manière à dire que le but social même seulement primordial

est la protection de l'individu et non de la société et vice versa. Les lois qui organisent l'incapacité et la tutelle des mineurs, comme l'indique de Vareilles Sommières, sont des lois, faites dans l'intérêt de tous, non pas seulement parce que tous sont mineurs pendant une période de leur vie ou que tous peuvent avoir des enfants mineurs, mais encore et surtout parce que tous sont intéressés à ce que l'ordre et la justice règnent autour d'eux, à ce que les enfants soient surveillés et dirigés, à ce que des moyens régularisant la situation des mineurs soient décrétés. La loi sur la tutelle protège autant, et plus peut-être tous ceux qui traitent avec les mineurs que les mineurs mêmes. S'il n'y avait pas de loi sur l'incapacité et la tutelle des mineurs, il faudrait bien pourtant que les tribunaux, au nom de la loi naturelle, tinssent pour nulles ou annulâssent, les contrats non consentis ou mal consentis par les enfants, par les mineurs. De là une source intarrissable d'incertitudes, de craintes, de procès. La loi sur la tutelle rend au public, à tous, des service de même importance au moins et en somme de même nature que la loi qui exige la publicité des mutations immobilières : la première permet aux tiers de traiter en toute sécurité avec les mineurs, comme la seconde leur permet de traiter sûrement avec le propriétaire légal. M. Pillet range celle-là parmi les lois de protection individuelle, et celle-ci parmi les lois de garantie sociale : rien de plus arbitraire que ce classement sinon de la classification elle-même.

§ V. — *L'impossibilité pratique de découvrir un but exclusif pour une loi.*

La vérité est éclatante, le système de M. Pillet fait une analyse ingénieuse de la nature des lois. Cette nature des lois est impossible à dégager d'une manière uniforme, chez tous ceux qui sont chargés de donner une solution au conflit de loi. L'impossibilité indéniable d'arriver à des résultats unanimes crée une confusion et une perturbation dans un domaine qui a besoin avant tout autre d'être régularisé et stabilisé. Ces raisons suffisent pour discréditer la doctrine de M. Pillet

§ VI. — *La loi de recrutement a-t-elle pour but la protection de l'individu.*

Les sytèmes du but social et la doctrine statutaire sont dans l'impossibilité absolue de corroborer l'exterritorialité des lois de recrutement. Est-ce que c'est une loi sur l'état et la capacité ou une loi qui a pour but social la protection de l'individu une loi permanente suivant la théorie de M. Pillet. M. Pillet n'a rien fait que de situer le problème sans le résoudre, nous pouvons même dire qu'il a augmenté les difficultés. Il a écarté la doctrine de la nationalité sans motif sérieux, pour inaugurer un système à lui. Les lois d'ordre public sont-elles autre chose que les lois de garantie sociale dans le système de M. Pillet ? N'est-ce pas se conformer au but social d'une loi qui n'a pas de règle prohibitive que de respecter l'autonomie de la volonté des parties.

§ VII. — *Supériorité de la doctrine italienne.*

Notre système a cette supériorité incontestable qu'il règlemente tous les détails des problèmes avec toute la précision et l'uniformité souhaitables. Les idées directrices de l'auteur de la doctrine de la nationalité ne sont pas en contradiction avec le but social des lois, au contraire, en entière conformité avec lui. Mais comme nous l'avons montré plus haut, l'application pure et simple de ce principe conduit à des résultats divers suivant l'interprétateur. C'est pour cela que l'auteur de la théorie s'est efforcé à faire une analyse logique et pratique de cette même idée « but social des lois » en fondant un principe et en le limitant par des exceptions. Le fait que son principe comporte plusieurs exceptions n'est pas un défaut puisque c'est la logique même. Il nous parait nécessaire de mettre cette idée en relief afin que le fonctionnement du système de Mancini puisse aboutir à des résultats simples et solides. Celui-ci ne nous donne pas des clés pour nous permettre de trouver la solution d'un conflit de lois quand les deux lois semblent avoir la même prétention à régir le même rapport juridique. En un mot, c'est le cas où on hésite entre deux lois qui sont personnelles par exemple. Dans ce cas, faute de règlement de détails, il faut avoir recours aux idées inaugurées et découvertes par M. Pillet, c'est-à-dire chercher le but social de chacune et suivant le résultat obtenu, l'une d'elle doit l'emporter. Ainsi en matière de tutelle c'est la loi personnelle du mineur qui doit régler la gestion de la tutelle. La théorie ingénieuse de

M. Pillet aura pour mission de combler la lacune dès que la théorie de la nationalité se trouvera impuissante à nous fournir une solution adéquate et juste, Nous croyons que dans ce domaine restreint, elle a une suprématie incontestable sur le système de Savigny.

# CHAPITRE IX

## *Rôle subsidiaire de la loi de domicile dans les systèmes continentaux*

*Le principe d'unions restreintes. — Absence de nationalité. — Diversité de nationalité. — Autonomie de la volonté.*

Tous les systèmes déjà exposés sont unanimement d'accord que la loi nationale doit l'emporter sur la *lex domicili*.

Mais cela n'indique pas qu'il y ait des cas où on peut avoir recours à la loi de domicile. Ces cas sont nombreux, contentons-nous d'en citer quelques-uns à titre d'exemple.

### § I. — *Principe d'unions restreintes.*

Seulement avant d'aborder la question, il est intéressant de noter que M. Chausse au Congrès international du droit Comparé de Paris de 1900, a fait une observation intéressante. La question posée était de savoir s'il ne serait pas possible de faire une place plus large au domicile dans la détermination du sta-

tut personnel sans sacrifier pour cela les prétentions de la nationalité. Suivant l'avis de M. Chausse, on pourrait y parvenir par la formation d'unions restreintes entre peuples à système juridique semblable, unions dans le sein desquelles on ferait triompher le principe du domicile ou celui de nationalité suivant l'esprit des diverses législations des pays composant chaque union.

« Le principe d'unions restreintes, dit M. Pillet, tout en appréciant cette idée la critique, n'a en lui-même rien que de raisonnable. Le droit international privé n'est pas une science universelle. Il n'est possible qu'entre pays de civilisation à peu près égale, et bien que la généralité de son empire soit chose désirable, la formation de groupes devrait être recommandée si l'on en pouvait attendre un grand avantage dans les relations juridiques internationales. Mais ceci ne me parait point démontré. Entre États attachés au domicile, la formation d'une union ne changerait rien à l'état de choses actuel dans les rapports de ces États, à ceux qui préfèrent à la nationalité, elle laisserait subsister des conflits insolubles. En outre et surtout, on ne voit pas à quel titre la loi du domicile possède à être observée en dehors de l'État où ce domicile est situé. L'État du domicile est pour l'étranger un hôte et non pas un protecteur naturel, il n'a pas comme l'État national, une compétence forcée qui s'impose à l'attention et au respect des nations étrangères. Par la formation d'une Union, on imposera ce respect de la loi du domicile. Cela est possible, mais notre collègue est trop bon jurisconsulte pour ne pas recon-

naitre que les meilleures lois positives sont celles qui ne contrarient pas l'ordre naturel des choses (1).

§ II. — *Absence de nationalité.*

On applique déjà la loi de domicile dans les cas suivants :

1° *Absence de nationalité.* On sait qu'il existe des personnes heimatlosen, ou sans patrie. Comme ils n'ont pas de loi nationale, faute de mieux faire, on est obligé d'avoir recours à la loi de domicile. La loi de domicile se recommande ici pour sa fixité relative. Cette idée générale doit conduire à décider, qu'à défaut d'une loi domiciliaire, on appliquera la loi du lieu où l'acte a été fait, et si cette dernière même faisait défaut il faudrait recourir à la *lex fori.* Tout vaut mieux que l'absence de toute loi (2).

§ III. — *Diversité de nationalité.*

2° *Diversité de nationalité.* Comme il arrive qu'une personne ait à la fois deux nationalités et que le conflit naisse devant un tribunal siégeant dans un pays tout à fait désintéressé, le recours à la loi du pays dont il est le ressortissant, et où il a aussi son domicile, est tout a fait justifiée. Comme le dit M. Pillet, cette loi est par nature compétente et la considération du domicile vient ici, non pas pour lui donner la qualification d'où dépend sa compétence, mais pour lui

---

(1) Pillet, p. 320. note
(2) Pillet, p. 314.

assurer la préférence sur la loi nationale concurrente. Il est logique, dès lors, de considérer le droit de nationalité joint au fait du domicile comme plus caractérisé au point de vue international que celui qui en est séparé. Un cas très intéressant de l'application de la loi de domicile est celui où cette loi reçoit une délégation de la loi nationale. Il en sera ainsi dans les pays où l'unité législative n'existe pas. C'est une espèce de renvoi interne comme on le dit. Il est soutenu même par les adversaires du renvoi qui ne réclament autre chose que l'application pure et simple du «droit matériel» comme disent les Anglais ou des règles positives comme disent les juristes européens.

### § IV. — *Succession mobilière.*

3° *Suecession mobilière* : La jurisprudence française et quelques publicistes par respect pour la tradition, appliquent à la succession mobilière une loi autre que celle qui s'applique normalement à la succession immobilière. Cette loi est la loi de domicile du défunt. Cette solution est empruntée aux statutaires qui l'ont déjà formulée dans la maxime « *mobilia sequuntur personam* ». Cette maxime renferme une fiction qui est un objet de discussions et controverses parmi les publicistes du moyen âge. Loin de s'entendre sur le but de cette fiction, ils se sont groupés dans deux systèmes différents :

*a)* D'après Dumoulin et Bullenois les meubles seront soumis à la *lex domicilii*, parce que ces meubles seront considérés, ou plutôt réputés comme ayant une assise fictive dans le domicile du propriétaire.

*b)* D'après d'Argentré et Bouhier, la fiction ne se

borne pas à rassembler les meubles au domicile du propriétaire : elle les incorpore dans le propriétaire, elle les attache à se personne ; elle en fait une partie accessoire mais intégrante de la personne : *mobilia ossibus persona inhaerent.*

Si cette dernière idée est juste, la jurisprudence aurait commis une fante inexcusable en continuant à appliquer un système suranné, incompatible avec la loi qui rattache le statut personnel à la loi nationale.

Notons toutefois, que cette fiction n'était pas absolue et que son champ d'application était bien restreint. Les deux plus importantes applications de ce principe sont la distribution de la succession mobilière, et l'attribution des droits de préférence sur ces meubles du débiteur.

Quant aux modes d'acquisition et d'aliénation à titre particulier, on appliquait aux meubles la loi de leur situation vraie et matérielle.

### § V. — *Autonomie de volonté.*

4° *Autonomie de volonté* : Les règles de droit sont tantôt prohibitives, tantôt supplétives, interprétatives, ou permissives. Dans toute législation, les lois de ce dernier genre sont assez nombreuses. Ces lois indiquent ce que les parties, à défaut d'une volonté expresse, sont censées avoir pensé et voulu. Ce sont des sortes de clauses toutes préparées qu'on leur offre et qu'elles sont réputées accepter en ne manifestant pas une intention contraire. Le juge pour chercher à découvrir cette volonté présumée dans une convention déterminée doit s'efforcer de trouver une *norma agendi* commune aux deux parties. Si les deux

parties à un contrat sont de la même nationalité, c'est la loi nationale qui leur sera applicable. Au cas de diversité de nationalité, on leur appliquera la loi de domicile commun s'ils en ont un, comme une loi présumée être voulue à raison de leur laconisme pour régler leurs rapports contractuels.

# LIVRE II

## LA DOCTRINE ANGLO-AMÉRICAINE DU DOMICILE

## Introduction

Les systèmes continentaux acceptent la loi nationale pour gouverner l'état et régir la capacité de l'étranger. Donc pour tous les partisans de ces systèmes il y a un point de vue commun, soutenu par tous. La loi nationale est comme la pierre angulaire de toutes ces doctrines.

Les juristes anglo-américains refusent de souscrire à cette thèse. Leur dissidence n'est pas seulement manifeste dans les détails de la règlementation, mais aussi dans le dogme législatif. Pour eux c'est à la loi du domicile et non à la loi nationale qu'il faut se référer dans tous les cas où il est nécessaire de régler l'état et la capacité d'un étranger. Cette conception n'est pas nouvelle : elle a toujours été professée par les Statutaires. Seulement dans la période où écrivaient les statutaires l'unité nationale n'était pas partout achevée ; le même État était divisé en un certain nombre de duchés ou de comté soumis en commun à une souveraineté théorique : la souveraineté royale. La prédiliction des publiscites anglais pour les idées des statutaires ressortira de l'exposé que nous allons faire dans les page suivantes. Nous avons trouvé opportun de commencer notre exposé par quelques remarques sur le caractère du droit anglais pour faciliter l'étude des notions qui seront soutenues par les publiscistes. Nous avons réservé les arguments

qu'invoquent les jurisconsultes de ce pays pour la fin du chapitre. Ces arguments ne peuvent être appréciés qu'après une étude du mécanisme de ce système. Ils seront critiqués et une fois l'édifice ébranlé nous nous contenterons de constater le résultat auquel nous aurons abouti sans qu'il soit nécessaire de contribuer pour notre propre part à ces critiques.

SECTION A

## Analyse et exposé de la théorie du domicile

*Analyse et exposé de la théorie du domicile. Introduction. L'esprit de la législation anglo-américaine. Domicile de choix, factum et animus. L'animus manendi et l'animus non revertendi. Quelques espèces de domiciles : domicile commercial et domicile nécessaire. Preuve du domicile, deux modes : présomptions légales et présomptions de fait. Le domicile anglo-indien. Le domicile oriental.*

### § I. — *L'esprit de la législation anglo-américaine*

Pour les juristes anglo-américains, si le souverain consent à ce qu'on applique chez lui des lois étrangères, c'est parce que la nécessité des relations internationales l'exige, c'est parce qu'il y trouve son intérêt, ou c'est par un motif de convenance. Toutes ces raisons portent le nom de courtoisie. Droit international privé et courtoisie sont des mots synonymes.

Les juristes de ces pays avouent que la courtoisie favorise aussi les relations internationales en répandant parmi les hommes des sentiments de confiance réciproque et un esprit de libéralisme éclairé.

La courtoisie c'est la politesse internationale ; ce

n'est autre chose que l'intérêt (1). Wastlake avoue que la *comitas* peut bien être un motif d'admettre l'application d'une loi étrangère, mais qu'elle ne saurait déterminer qu'elle loi doit-être appliquée dans un cas donné. Le résultat de cette base pour le droit international privé c'est le réalisme tel qu'il existait dans le régime féodal. La terre dans ce pays ne cesse pas d'être souveraine et c'est ce caractère féodal de la *Common Law* qui explique la différence profonde qui sépare le droit anglais du droit continental. L'allégeance perpétuelle était imposée aux nationaux de l'Angleterre qui voulaient émigrer pour l'Amérique, de sorte qu'ils étaient soumis à une servitude inhérente à la personne et à laquelle ils ne pouvaient se soustraire même en émigrant, même en changeant de nationalité, comme jadis le serf de poursuite.

§ II. — *Le domicile d'orîgine légat et indestructible*

Dans la conception anglaise, à chaque personne la loi assigne un domicile et ce domicile lui reste attribué dès la naissance jusqu'à ce qu'un domicile nouveau et différent prenne sa place. Il est même indestructible, il accompagne l'individu et reste inhérent à sa personnalité. Même l'acquisition d'un domicile postérieur ne peut pas aller jusqu'à l'anéantir.

Ce domicile restera toujours inhérent à la personne mais seulement dans un état latent, *in abeyance.*

Le droit anglais connait un seul mode d'extinction

---

(1) V. Story, p. 137, par. 99.

du domicile, l'extinction *ipso jure* par la force de la loi à la suite d'une déportation à perpétuité. Hormis ce cas unique, les particuliers sont dans l'impossibilité de détruire ce domicile.

Le domicile d'origine comme la nationalité est celui du père au moment de la naissance. Si l'enfant est naturel ou posthume c'est le domicile de la mère que l'enfant doit avoir au moment de sa naissance.

Le domicile d'origine est indestructible en ce sens que malgré l'acquisition d'un domicile de choix il reste encore attaché à la personne. La meilleure raison invoquée par les juristes anglo-Américains est que le jour où le premier ou le second domicile de choix sera perdu, le domicile d'origine ressuscitera et il continue à être le seul domicile de cette personne jusqu'à ce qu'un autre domicile de choix vienne le remplacer

Le domicile est une conception juridique, tout à fait différente de celle de la nationalité ou de celle de la résidence, nous pouvons même dire de la notion de domicile en droit interne.

Les juristes anglais mettent en relief l'idée suivante : par la mise en jeu de leur principe, une personne sera toujours pourvue d'un domicile. Dans le cas où une personne ne réside plus sur un territoire déterminé, un vagabond par exemple, son domicile sera fixé par les tribunaux. Ceux-ci ne peuvent que combiner les deux principes capitaux de la matière à savoir qu'à chaque individu est assigné un domicile lors de la naissance et qu'un domicile ne sera perdu qu'à condition qu'un nouveau vienne le remplacer.

Suivant ces mêmes principes, un individu ne peut pas avoir deux domiciles à la fois. Néammoins il peut

avoir exceptionnellement un domicile pour sa succession *ab intestat*, tant qu'il n'a pas accompli les formalités requises par le *Domicile Act* (art. 1861) et un domicile pour toute autre chose. L'objet de cette dérogation est d'appliquer la loi anglaise à la succession des regnicoles qui sont domiciliés à l'étranger et qui devaient, par la stricte application des principes, se trouver soustraits à l'empire de leur loi nationale.

### § III. — *Le domicile de choix, les deux éléments nécessaires à son acquisition*

Pour changer son domicile il faut pour une personne indépendante, *sui juris* la combinaison de deux éléments, un élément matériel, *factum*, et un élément intellectuel, psychologique, *l'animus*.

L'élément matériel c'est le véritable changement de séjour. Cela présuppose que l'individu a déjà transféré le centre de ses affaires dans le pays qu'il a choisi pour son domicile. D'après les arrêts et les auteurs l'individu doit prouver un séjour permanent de fait et non seulement passager. Il doit prouver qu'il habite ordinairement ce pays.

M. Dicey trouve que le seul mot anglais qui implique cette idée est le participe *settling*. Ainsi dans la page 105, il dit : « A person in making this change does an act which is more nearly designated by the word *settling*, than by any one word in our language. Thus we speak of a colonist settling in Canada, or Australia, or of a Scotsman settling in England, and the word is frequently used as expressive of the act of change of domicil, in the various judgments pronounced by our courts ».

D'après une doctrine récente développée par Lords Cramworth et Kingsdown, dans l'affaire Moorhouse, c. Lord — 1863, 10, la résidence même, ayant un caractère permanent et prépondérant, ne fait pas acquérir un domicile de choix, même dans un pays chrétien ; il en serait différemment si la personne en question avait eu l'intention de se soumettre sa succession mobilière à la loi de ce pays, ou, au cas où elle n'aurait pas songé expressément à cette loi, si elle avait eu l'intention de faire partie de la population de ce pays, de telle sorte que l'application de sa loi à elle et à sa succession mobilière dût être considérée comme conforme à son sentiment.

M. Westlake nous dit à propos de cette confusion, entre nationalité et domicile « Mais une étude attentive des paroles des nobles Lords montrera que c'était à la société civile et non à la socitié politique du territoire en question qu'ils exigeaient que la personne établissant un domicile de choix désirât s'incorporer ».

Bentwich, à propos du même sujet, dit que cette distinction entre l'état civil et l'état politique, — que n'a point faite le droit romain —, peut être facilement opérée en droit moderne. En un mot, cette doctrine demande une véritable assimilation avec le pays où on va habiter dorénavant.

Cette doctrine est considérée comme ayant été écartée par le jugement de Lord Machaghten dans l'affaire Winans c. Att.-Gen (1904) A. C. 287 (1904) A. G. 287.

Ce qui résulte aujourd'hui des décisions anglaises est que *l'animus* requis pour l'acquisition d'un domicile de choix doit être l'intention formulée par le *de*

*cujus* de résider d'une manière permanente, d'acquérir un nouveau domicile ; il n'est pas nécessaire qu'il ait l'intention de se soumettre à un autre système de loi, ou de s'identifier avec les conceptions sociales et les habitudes d'un autre pays

§ IV. — *L'animus manendi et l'animus non revertendi.*

Le deuxième élément pour l'acquisition du domicile est l'élément psychologique, l'*animus*. L'*animus* est ici l'*animus manendi*, c'est-à-dire le séjour réel, effectif, perpétuel et habituel, pour une période indéterminée, et l'intention (*animus*) de ne pas revenir.

La perte de l'esprit de retour est une condition *sine qua non* pour l'acquisition d'un domicile de choix. Les deux éléments une fois réunis, l'individu est destitué de son domicile d'origine en même temps qu'il est investi de ce nouveau domicile de choix.

Le juge anglais ne doit pas chercher si le pays où le regnicole est domicilié le reconnait comme tel d'après sa législation. Que cette personne soit admise ou non à domicile, qu'elle ait accompli les formalités requises pour l'acquisition d'un domicile par la loi territoriale, ce sont des questions dont il n'a pas à s'occuper.

En ce qui concerne les personnes soumises à l'autorité, d'autrui, les *alienis juris*, l'interdit, le mineur, et la femme mariée, ces règles ne s'appliquent pas sans restrictions. Ces personnes peuvent avoir un domicile volontaire de fait, dépourvu de tout effet juridique mais pas un domicile de droit. Le domicile de droit d'un mineur légitime, est celui de son père au moment de la naissance. Pour un enfant dont le père est mort et dont la mère, suivant le droit anglais est investie

de la tutelle, il suit le domicile de sa mère. Cette dernière règle n'est pas absolue. Il y a des cas où la mère peut avoir un nouveau domicile, mais les enfants garderont le leur. L'exemple le plus saillant est celui où la mère agit avec une intention frauduleuse, (application de la théorie de l'abus de droit), ou dans l'hypothèse plus fréquente où la veuve convole en secondes noces (In re Beaumont 1893, 3 ch. 490).

Quant au tuteur, malgré l'absence de jurisprudence, Dicey croit qu'il ne peut pas changer le domicile du mineur (ward).

Quant au domicile de la femme mariée, il est nécessairement celui du mari. La femme acquiert le domicile du mari et en subit les changements ; elle garde ce domicile même après un jugement de séparation de corps. Il ne semble pas que la jurisprudence anglaise soit nette sur ce point. Lord Kingsdown semble soutenir l'idée contraire : d'après lui, le jugement de séparation de corps semble donner à la femme la liberté d'avoir un domicile autre que celui de son mari.

Une personne *alieni juris* garde toujours, même quand elle devient *sui juris*, le dernier domicile qu'elle a acquis pendant la période antérieure à l'émancipation, jusqu'à ce qu'elle en acquiert un autre. D'où on constate que la veuve continue à avoir le domicile de son mari tant qu'elle n'a pas convolé en secondes noces ou changé ce domicile pour un autre, de sa propre volonté.

### § V. — *Quelques espèces de domiciles : domicile commercial et domicile nécessaire.*

*Le domicile commercial* est celui d'après lequel est déterminé le caractère belligérent ou neutre de la propriété au point de vue de la guerre. Le docteur Lushington dans l'affaire Hodgson c. Beaàchesne, 1858, 12 Mo, P. C. 313 distingue nettement la différence qui sépare le domicile commercial du domicile dans le sens anglo-américain : « un homme peut avoir des intérêts commerciaux dans deux pays, et s'il agit comme commerçant dans les deux, il peut être exposé à être considéré comme sujet de deux pour les transactions respectivement engagées dans ces pays ».

« Le sujet d'un État en guerre avec ce pays, qui fait des affaires ici ou dans un pays neutre étranger n'est pas traité comme un ennemi étranger. La validité des contrats ne dépend de sa nationalité, ni même de son domicile véritable, mais du lieu ou des lieux où il a négocié ses affaires ». Le domicile dans ce sens, est un domicile de droit international public et surtout en matière des prises maritimes.

Pour la jurisprudence anglo-américaine, le mot « habitancy » est employé généralement pour le mot domicile, et « citizenship » pour « nationality ».

### § VI. — *Le domicile nécessaire*

*Le domicile nécessaire* est le domicile que la loi assigne à une personne *alieni juris*, un mineur, une femme mariée, sans que ceux-ci aient à y consentir. C'est un domicile obligatoire imposé à une personne pour des raisons d'ordre public. Ces personnes acquiè-

rent le domicile de la personne qui est investie de la tutelle ou la curatelle (aliéné, interdit) ou le mari. Ce dernier donne à sa femme sa nationalité et son domicile. La femme en empruntant le domicile du mari, se conforme à la nature de l'institution du mariage ; l'harmonie initiale entre les époux, est la seule préoccupation du législateur pour forcer la femme à ne pas avoir un domicile autre que celui du mari.

Dans le langage juridique, quelques-uns se trompent et appellent « domicile nécessaire » celui de l'ambassadeur ou du prisonnier. C'est une application très erronée de cette expression. Les prisonniers, les aliénés, les malades habitant à l'étranger pour des raisons de santé, les fonctionnaires, les déportés, les Ambassadeurs, les Consuls, les personnes engagées dans le service militaire ou maritime, les ecclésiastiques et les étudiants, toutes ces personnes ne changent pas leur domicile. L'*animus manendi* manque entièrement. Pour les prêtres seuls, la jurisprudence semble les considérer comme ayant élu domicile dans le lieu où ils ont leur paroisse jusqu'à ce que la preuve du contraire soit établie.

§ VII. — *Deux modes de preuve du domicile.*

La fixation du domicile est indiquée à l'aide de deux modes de preuves : présomptions légales, présomptions de fait.

*Les présomptions légales*, dans cette matière, tantôt admettent la preuve contraire, tantôt sont irrefragables *juris* et *de jure*. Comme présomptions *juris tantum* on peut citer la présomption par laquelle une personne *aliéni juris* est présumée avoir le même

domicile de droit que la personne qui exerce la puissance paternelle, la puissance maritale, le tuteur, le curateur. Comme présomptions qui peuvent être annulées, et qui ont pour objet un simple déplacement du fardeau de la preuve (*onus probandi*) on peut citer la « *primâ facie*, preuve tirée de la présence d'un individu sur le sol d'un pays déterminé.

Le fait que quelqu'un est né sur le sol d'un pays fait preuve jusqu'à ce qu'il soit établi que son père était domicilié ailleurs. C'est par l'application de cette présomption qu'un enfant de parents inconnus acquiert le domicile du pays où il est né ou, au moins, trouvé. Une autre application intéressante de la même idée que la jurisprudence applique pour la fixation du domicile du *de cujus* est la suivante : le *de cujus* est présumé domicilié dans le pays où il a expiré jusqu'à ce que les ayants droit puissent fournir une preuve contraire. Ainsi Dicey, page 133 reproduit ce principe tel qu'il a été posé dans l'affaire américaine Guier et O. Daniel, 1 *Bienneys* 349, note 7. A man (it has been said) is prima facie domiciled at the place where he is resident at the time of his death, and it is incumbent on those who deny it to repel the présumption of Law, which may be done in several ways. It may be shown that (D) was there as a traveller, or on some particular business, or on a visit, or for the sake of health ; any of which circumstances will remove the impression that he was domiciled at the place of his death.

L'auteur approuve la même doctrine et la soutient. The principle (dit-il) here laid down is sound. Where indeed, there is a balance of évidence betwen the

claims of two possible domicils, the place of a man's death is irrelevant. For there is not a single dictum, from which it can be supposed that the place of the death in such a case as that shall make any différence. Many cases are cited in Denisart to show, that death can have no effect, and not one, that that circumstance décides « between two domiciles », but if nothing which throws light on a man's domicile be known, then his death at a place is important, as giving rise to the application of the général principle that the place where a man is must, in the absence of counter evidence, be assumed to be his domicile. (Dans le même sens Phillimore , § 295).

Un cas plus fréquent de la présomption *juris tantum* est la règle 14 de Dicey (chapitre du domicile). Cette règle se résume ainsi ; une personne ne peut perdre un domicile qu'à condition d'acquérir un autre domicile. Une personne est toujours présumée avoir son domicile connu jusqu'à ce que le contraire soit établi.

### § VIII. — *Présomption de fait.*

*Comme présomption de fait*, la question est hors de limitations. Les juges, dans leur pouvoir suprême de juridiction, peuvent prendre tel ou tel cas comme preuve du domicile. Dans un procès célèbre de *In se Patience*, 1885, 29 Ch. D. 976 ; Bradford c. young, 1885 29 Ch. D. (C. A.) page 617, il a été dit que le séjour prolongé d'un individu peut être une preuve suffisante de son domicile. Nous empruntons le passage même de la Cour, reproduit par Dicey, page 137.

« Time is the grand ingredient in constituting domicil. I think that hardly enough is attributed to its

effects ; in most cases it is unavoidably conclusive, it is not unfrequently said, that if a person comes only for a special purpose, that shall not fix a domicil. That is not to be taken in an unqualified latitude, and without some respect had to the time which such a purpose may or shall occupy, for if the purpose be of a nature that may probably, or does actually detain the person for a great length of time, I cannot but think that a general residence might grow upon the special purpose. A special purpose may lead a man to a country, where it shall detain him the whole of his life. A man comes here to follow a law suit ; it may happen, and indeed is often used as a ground of vulgar and unfounded reproach (unfounded as a matter of just reproach though the fact may be true) on the laws of this country, that it may last as long as himself. I cannot but think that against such a long residence, the plea of an original special purpose could not be averred ; it must be inferred, in such a case, that other purposes forced themselves upon him, and mixed themselves with his original design, and impressed upon him the character of the country where he resided ».

### § IX. — *Le domicile anglo-indien.*

Le mode de séjour peut aussi être pris en considération pour la fixation du domicile. Une personne qui transfère le centre de ses affaires et sa famille dans un pays est présumé avoir changé son domicile. Néa moins il faut prendre en considération la nature de séjour. Le séjour d'un étudiant ou d'un ambassadeur, ou d'une personne condamnée n'est pas de nature à

être interpértée dans le sens d'acquisition d'un domicile de choix. Ces personnes ont un domicile qui leur restera car leur résidence, non accompagnée de l'*animus manendi*, ne peut le supplanter. Les tribunaux appliquent constamment cette idée, dictée par le simple bon sens. Seulement dans un cas déterminé, celui des fonctionnaires Anglais aux Indes, ou un particulier qui établit une résidence dans l'Inde pour faire le commerce n'ayant pas une durée fixe d'avance, constitue un domicile anglo-indien, cependant, en pareil cas l'intention est presque toujours de rester jusqu'aprés fortune faite, puis de retourner en Europe. Westlake nous dit que cette règle était primitivement établie sur la base d'une ancienne doctrine anglaise, D'après celle-ci, tout désir ou toute intention de revenir dans l'ancien pays n'étaient pas exclus, si l'évènement dont dépendait le retour était seulement très incertain ou considéré comme éloigné. Ainsi le changement de domicile pouvait s'opérer en cas de résidence à l'étranger pour raison de santé si la guérison permettant le retour était tout à fait improbable malgré le désir de revenir chez soi en cas de guérison (Jhurlow, dans l'affaire Bruce c. Bruce 1790, 2 Bos. et Pul. 230 note ; Lushington dans l'affaire Anderson c. Laneuville 1854, 9 Mo. P. 334 ; Cambell dans l'affaire Aikman, c. Aikman 1861, 3 Macq 858).

Le domicile anglo-indien dans le cas sus-indiqué a survécu à cette doctrine — abrogée maintenat par la doctrine jurisprudentielle formulée dans l'affaire Moorhouse c. Lord déjà citée — Il demeure comme exception à la doctrine nouvelle. Westlake approuve cette jurisprudence en disant page 434 : « Il faut

admettre qu'il y a de fortes raisons de convenance en faveur du domicile anglo-indien dans les cas cités en note. Depuis que le droit anglo-indien est sensiblement le même que celui de l'Angleterre ou de l'Irlande, le jugement en sa faveur ne fait pas de différence, ou très peu, avec le domicile d'origine en Angleterre ou en Irlande sauf pour exempter la succession d'une personne du legacy duty. Et quand le domicile d'origine est en Écosse, le commerçant, s'il doit jamais revenir en Europe, est comme s'il allait s'établir en Anglettre ou en Écosse ; tandis que si on lui attribuait un domicile en Écosse, il serait nécessaire de lui appliquer le droit écossais dans l'Inde, ce qui présenterait encore plus d'inconvénients qu'on n'en trouve en l'appliquant à Londres, car là-bas, il y aurait encore moins de facilités d'obtenir des renseignements exacts à ce sujet ».

Notons que la détermination du domicile dans l'Inde, où il y a plusieurs communautés ou sociétés vivant sous des lois différentes, ne suffit pas à lui seul pour déterminer la juridiction compétente ou la loi applicable. Il y a lieu de compléter ce domicile en l'appelant, par exemple, dans le cas qui nous occupe anglo-indien.

### § X. — *Le domicile oriental.*

Il est intéressant de noter ici la thèse de la jurisprudence anglaise dans l'acquisition du domicile en Orient. La doctrine jurisprudentielle peut être résumée ainsi. L'Anglais peut acquérir un domicile du genre déjà indiqué soit dans une colonie anglaise (Me Justice Chitty, in Re Jootal's Jrusts, 1833 ; 23

C. D. p. 532), soit dans un pays oriental où les Anglais jouissent d'une immunité et du privilège d'avoir une juridiction nationale extraterritoriale. Dans cette dernière hypothèse Me Justice Chitty a refusé de reconnaitre la possibilité pour un Anglais d'acquérir un domicile dans ce cas. Son excuse était que la communauté anglaise n'est pas celle qui est investie du pouvoir souverain. Son opinion a été critiquée par Westlake, Piggott et Bentwich. Celui-ci a prouvé que la jurisprudence américaine est diamétralement opposée à l'opinion de ce juge qui n'indique pas de motifs sérieux.

Dans les pays orientaux où les anglais n'ont pas de Capitulations, la jurisprudence anglaise refuse d'admettre la possibilité d'acquérir un domicile. La raison invoquée est que le domicile ne peut être conçu que dans le domaine des nations de la même civilisation. La culture orientale étant différente de la civilisation occidentale un Anglais ne peut pas acquérir un domicile dans ces pays.

SECTION B

## Les arguments en faveur du domicile

*L'hésitation des jurisconsultes. Le déclin de la thèse anglaise. Impossibilité pratique pour l'Angleterre de se rallier à la thèse continentale. Le système anglais donne à l'individu sa liberté. La doctrine de nationalité est imparfaite. L'unification législataire n'existe pas en Angleterre, Soumission volontaire . Difficulté de reconnaître la nationalité. La nationalité est une conception juridique.*

### § I. — *L'hésitation des jurisconsultes ; le déclin de la thèse anglaise.*

Le domicile, qui, dans le droit anglo-américain, est d'une importance capitale en matière d'impôt (Borland c. Boston, 123 Mass 89) de juridiction (Ayers c. Weeks, 65 N. H. 248, 18 Atl. 1108) de succession, d'administration et de pauper settlement (Abington c. North Bridgewater, 23 Pick 177) n'est pas sérieusement appuyé par des raisons décisives. Les auteurs anglais ne sont plus unanimes à reconnaitre l'isolement de leur attitude dans cette matière. Cette lueur va en grandissant et d'un jour à l'autre des auteurs célèbres comme Westlake viennent se rallier aux juristes continentaux. Dans la jurisprudence cette même tendance se manifeste dans les décisions. Les juges, plus que tous autres praticiens dans ce pays,

subissent l'influence de la tradition et cela rend leur effort très timide dans cette voie. On se souvient de la thèse jurisprudentielle des Lords Kingsdown et Cramworth à propos de l'affaire de Moorhouse c. Lord, et de la nécessité, aux yeux de ces juges, d'une intention nette de faire partie de la population de ce pays qui vient s'ajouter aux autres éléments requis pour acquérir un domicile de choix.

Néammoins il y a des publiscistes anglais qui critiquent encore ce mouvement et insistent pour que la législation anglaise conserve son système actuel, malgré l'embarras et la confusion indéniable qu'il fait naitre dans la pratique. Passons en revue ces arguments (1).

1° Même si l'Angleterre peut adopter purement et simplement la doctrine de la nationalité, on sera encore loin d'écarter toutes les difficultés parce que les Américains ne se montrent guère prêts à renoncer à la théorie du domicile.

2° La théorie du domicile donne à l'individu, plus de liberté, plus de chance de changer son statut personnel sans rompre le lien qui l'unit à son souverain, à sa patrie.

3° La doctrine de la nationalité s'est montrée tout à fait impuissante à résoudre plusieurs problèmes du conflit de lois. Les juristes continentaux étaient obligés d'avoir recours à la *lex domicili* pour sortir de leur embarras (art. 8 du code civil allemand, et le

---

(1) V. Bentiwich, *Law of domicile.*

vœu de l'Institut de Droit International). Le domicile qui peut donner des solutions dans des cas où la loi nationale est impuissante, doit avoir une supériorité sur celle-ci. Le principe du domicile, de l'aveu même des publicistes continentaux, est nécessaire pour donner une solution adéquate à plusieurs difficultés, et, comme il est tout prêt pour régir valablement dans l'ensemble des cas, il sera plus raisonnable qu'on maintienne ce principe en l'adaptant un peu, il est vrai, aux besoins complexes de la vie moderne.

4° Dans l'empire anglais il n'y a pas une unification de législation, comme par exemple en France : chaque territoire garde ses lois et ses institutions ; d'où impossibilité d'appliquer une loi nationale commune à toutes les personnes de nationalité anglaise.

### § II. — *Soumission volontaire.*

5° La loi de domicile est mieux qualifiée que la loi nationale pour régir le statut personnel d'un individu. La personne, en habitant sur un territoire déterminé, se soumet volontairement à l'autorité du souverain de ce territoire, qui dans la conception anglaise, ne doit pas avoir une autorité hors des frontières. Les lois s'adressent à un territoire déterminé, plus qu'à une nation déterminée. Le sol modifie les mœurs et les aptitudes physiques et intellectuelles de ceux qui viennent habiter sur lui.

Les seigneurs (Lords) ne peuvent juger que ceux qui habitent sur leur territoire. Un individu qui vient fixer son domicile fait ce que les juristes anglais appellent un « act of voluntary submission ». Il est dorénavant

incorporé au sol, comme un accessoire suit un principal et se trouve assujetti à toutes les lois du souverain.

§ III. — *La difficulté de reconnaître la nationalité.*

6° La nationalité est très difficile à connaitre et même dans le cas où elle sera connue, il sera peu probable qu'un contractant puisse, même par l'intermédiaire des hommes de lois, se renseigner sur l'état ou la capacité de cet aubain, suivant sa législation. L'incertitude règnera dans la pratique. C'est avec peine que l'on peut savoir quelque chose des lois de son pays après une étude longue et difficile.

La connaissance des lois étrangères est plus difficile encore, d'où inconvénient pour les relations commerciales. Même si l'on admet que le tribunal puisse se renseigner, (chose très contestable au point de vue juridique si l'on considère le droit étranger comme une question de fait) ; le retard inévitable va nuire aux intérêts commerciaux qui nécessitent une solution prompte.

§ IV. — *La nationalité est une conception juridique.*

7° La nationalité est une conception juridique très subtile qui se déduit des présomptions et de diverses autres constructions juridiques. Le domicile est un fait matériel, qui peut être connu sans recours aux procédés juridiques. Chacun a son domicile au lieu où il se trouve, rien de plus simple, rien de plus clair !

SECTION C

## Critique de la théorie du domicile

*La théorie anglaise a fait naître beaucoup des complications dans la pratique. L'argument anglais aboutit à un cercle vicieux. Les juristes anglais se groupent autour de l'école autocratique et subissent son erreur. Théorie d'Austin. Réfutation d'Austin. Théorie de Savigny et de Saint Thomas. Doctrine de Montesquieu. Le but des lois est la règlementation et non l'oppression. Les lois pour être exécutoires doivent entrer dans les mœurs. Erreur de logique. L'absence de l'unification législative n'empêche pas l'adoption de la doctrine de la nationalité : indigénat et nationalité. La soumission volontaire est une remniscence des idées féodales. Les institutions féodales existent encore en Angleterre : domaine direct et utile, justice seigneuriale, etc.. La théorie du domicile est une construction juridique. Le droit est une science et les règles d'une science sont partout les mêmes.*

§ I. — *La théorie anglaise a fait naître beaucoup des complications.*

La première raison pour laquelle les juristes anglais se tiennent à leur système de domicile, montre une faiblesse évidente dans la soutenance de la *lex domicili.*

Ces juristes, en invoquant cet argument, reconnaissent les complications qu'ils ont fait naitre dans la pratique. Si le droit international ne peut être modifié ni codifié, ou au moins unifié dans les divers pays du monde — ce qui éviterait bien des sources de conflits —, c'est surtout par la faute et la ténacité proverbiale et caractéristique des délégués anglais. Ceux ci ne nient pas quelle complication ils font naître en s'attachant à leur doctrine ; ils ne se défendent même pas. Ils disent même que cette complication qui leur est imputée est évidente et indéniable mais qu'ils feront un marché de dupe en recommandant un changement à leur gouvernement si les autres États qui ont le même système ne changent pas au préalable leur législation sur ce point. Que peut-on constater de plus étrange ? Voilà une personne qui reconnait son tort, qui voit qu'elle fait des actes irraisonnés, mais qui ne renonce pas à ses idées tant que celles qui sont dans le même cas qu'elle n'auront point pris l'initiative et ne seront point revenues à la raison.

§ II. — *L'argument anglais aboutit à un cercle vicieux.*

Ce prétexte est sans valeur ; il est très regrettable de le constater. Il aboutit à un cercle vicieux et nous osons dire qu'il est puéril. Du moment que l'on reconnait que ce changement est souhaitable parce que la diversité de législation dans notre matière crée une brèche irréparable dans les rapports internationaux on doit se hâter de trouver un remède sinon curatif, du moins palliatif pour faire cesser les griefs et les plaintes des autres nations.

§ III. — *Les juristes anglais se groupent autour de l'école autocratique et subissent son erreur.*

Le deuxième argument est celui de « la liberté individuelle ». Les auteurs anglais nous disent que les auteurs continentaux, par le système qu'ils proposent, sacrifient la liberté sacrée de l'individu pour l'omnipotence de l'État. Celui-ci ne se contente pas de lui adresser une série des règles prohibitives, restrictives de sa liberté, de son action ; mais il va encore le poursuivre partout où il se rend et lui imposer ses lois, l'assujettir à ses commandements.. Que peut-on imaginer de plus tyrannique et despotique ? Le joug odieux suit le citoyen dans tous ses mouvements et il ne peut même pas lui échapper en fixant sa résidence à l'étranger et en perdant l'esprit de retour. Au contraire le système anglais lui trouve un moyen très simple, très logique, très pratique pour sortir de son embarras, il n'a qu'à changer son domicile en se fixant dans un autre pays. L'argument est bizarre.

§ IV. — *Théorie d'Austin*

Les juristes anglais, adeptes fidèles d'Austin, se groupent tous autour de l'école autocratique du droit. Celle-ci ne voit dans les lois que des commandements émanés du légisfacteur (nous ne disons pas du législateur parce que, dans leur idée, la loi est la seule source du Droit). *Quod principi placuit, legis habet vigorem. Nos jura condidimus et auctoritatem damus juribus, non jura nobis.* La loi, le Droit est alors l'expression de la Force régnante : *Legibus vivimus, sed supra leges sumus.* Il va presque sans dire que le Droit est alors, le plus souvent, l'expression des intérêts

de celui ou de ceux qui détiennent le pouvoir. Le souverain ne prend souci des masses que dans la mesure où la négligence à leur égard compromettrait le pouvoir lui-même. Cette netteté brutale qui caractérise le système analytique est traduite par l'expression non moins significative « Macht ist Recht ». Nous pouvons maintenant comprendre que la facilité de changer sa loi personnelle est un don précieux que les juristes anglais font aux habitants de la seigneurie, les regnicoles.

### § V. — *Réfutation d'Austin ; théorie de Savigny et de Montesquieu*

Cette théorie arbitraire, même quand elle est complétée par la célèbre maxime : « Ce que le souverain permet, il l'ordonne », est impuissante à refléter la vérité. Elle procède à une analyse superficielle, mais elle méconnait les fondements essentiels de la science du Droit. Le Droit, d'après Savigny, s'est formé, et développé graduellement sans l'intervention directe et soudaine du législateur. Les besoins, et les usages des peuples sont les véritables causes qui peu à peu ont formé le Droit ».

S'il prend envie au législateur de faire des lois fantastiques il ne fait pas une œuvre sérieuse. Bien qu'il ait le sabre à la main, son travail restera toujours frappé d'improductivité. L'intervention législative est toujours tardive et l'œuvre n'est pas un acte de création, mais seulement de simple consécration. Le législateur dans la plupart des cas ne fait que revêtir dans une formule précise soit une pratique constante, soit une thèse formulée par une jurisprudence préto-

rienne. Montesquieu conseillait déjà à ceux qui désirent légiférer : « Faites des lois appropriées aux peuples qu'elles doivent régir, à ses mœurs, à ses besoins, tenez compte du milieu et de tous les éléments de fait qui vous sont donnés par la nature » (chapitre I).

### § 6. — *Doctrine de Sainr Thomas*

Donc les lois ne sont pas de simples commandements d'un souverain tout puissant. Montesqieu nie formellement le travail créateur du législateur. Dans un passage célèbre nous lisons : « On découvre des lois, mais on ne les fait pas. Les lois dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses et dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois». Cette définition fait ressortir l'objet des règles normatives. La *norma agendi* ne s'adresse pas à un individu dans le but unique de restreindre sa liberté et le réduire à un état passif d'adoption. Dans la Somme Théologique (1, 2e quest. 90e alin.) Saint Thomas d'Aquin donne une définition nette de la loi en caractérisant son but, l'utilité sociale : *Lex est quaedam rationis ad bonum commune.*

Dans un postulat célèbre, « *de regimine principium* », Lib., cap. XV., le bien commun se résumait ainsi : *Primo quidem ut multitudo in unitate pacis constituatur, secundo ut multitudo cinculo pacis unita dirigatur ad bene agendum, tertio vero requiritur ut per regentis industriam necessariorum ad bene vivendum adsit sufficiens copia.*

### § 7. — *Le but des lois est la règlementation non l'oppression.*

L'objet du Droit est le bonheur de l'individu par la protection de ses intérêts légitimes et l'assurance du fonctionnement des organes de la société qui sont pourvus d'une fonction sociale. Ce dernier but va en grandissant par suite de l'accroissement de l'interdépendance entre les hommes. Nous lisons dans le livre de M. Paul Cuche sur « les juristes Philosophes », le passage suivant : Plus nous allons, plus la société s'intègre et s'organise, plus les activités individuelles s'enchevêtrent, à tel point qu'il nous devient difficile d'agir pour nous-mêmes, sans agir en même temps pour ou contre les autres. La division du travail social s'accentuant, nous avons de plus en plus besoin des autres dans la poursuite de nos fins principales et secondaires et, d'autre part, nous avons plus de facilité pour leur nuire par les modifications de notre activité, dans l'intérieur même de notre sphère juridique d'action. Ainsi s'explique, nous l'avons vu, la prédominance dans les sociétés civilisées de ce que M. Durkheim appelle « le droit coopératif » et qui est destiné à satisfaire et à ordonner ce besoin que nous avons les uns des autres ». Le but des lois est bien caractérisé. Elles cherchent avant tout à stimuler, aider et diriger les activités des individus vers l'utilité sociale. Il n'est pas de leur essence de défendre mais bien plutôt de règlementer, de mettre de l'ordre entre les divers organes de la vie sociale de leur pays.

§ 8. — *Les lois pour être exécutoires doivent entrer dans les mœurs.*

Il est donc bien évident que l'intérêt de l'individu est de lier son sort aux lois de son pays, qui loin d'être un joug odieux, sont les seuls moyens d'assurer sa félicité. On voit comment les juristes anglais guidés par une théorie fausse avaient été amenés à des résultats lamentables au point de vue juridique. Les motifs indiqués nous montrent que la raison invoquée est fausse. Tout le monde reconnait que plusieurs lois, bien qu'elles aient été promulguées, bien qu'elles aient été revêtues de la formule exécutoire, bien que le chef de l'État ait adressé de nombreuses circulaires à ses administrés, n'ont jamais été pratiquées. Quelques publicistes même voient deux modes d'abrogation des lois ; l'une formelle, la voie législative ; et l'autre tacite : dispositions inconciables avec une loi postérieure, ou désuétude. Le droit anglais, lui-même, n'ignore pas ce principe.

9. — *Erreur de logique.*

Le troisième argument invoqué par les tribunaux et les auteurs anglais décèle une erreur de logique. Le domicile, qui peut être employé pour compléter la théorie de la nationalité n'est pas, pour cette raison, nécessairement et inévitablement supérieur à la nationalité. D'ailleurs la théorie de la nationalité, malgré de légers inconvénients, a une simplicité incontestable. Scientifiquement, à cause des rapports nécessaires entre les personnes et le droit de leur pays; juridiquement, parce que le pays national est seul

investi de la compétence diplomatique, et logiquement parce que c'est dans le pays national ou au moins suivant ses lois qu'on acquiert dans la généralité des cas (allusion faite à la minorité qui acquiert la nationalité par un acte discrétionnaire de naturalisation) pour la première fois la reconnaissance de sa personnalité et, comme un élément inhérent à celle-ci, la nationalité ; le droit national doit l'emporter sur la *lex domicili*.

§ X. — *L'absence d'unification législative n'empêche pas l'adoption de la doctrine de la nationalité : indigénat et nationalité.*

Le quatrième argument mérite un peu d'attention. Les Anglais se plaignent qu'ils n'ont pas une seule loi nationale unique pour tous leur pays, d'où impossibilité matérielle d'adopter purement et simplement la loi nationale. Cet argument est mal fondé. Dans le sein de leur Empire, ils peuvent employer la *lex domicili*, mais pour les étrangers, et dans les relations internationales, ils doivent recourir seulement à la loi nationale. Nous trouvons que même cette solution est peu satisfaisante. L'Écossais est bien entendu, une personne de nationalité britannique, mais il n'est exactement identifié, ni avec l'Anglais, ni avec l'Irlandais. Il a l'indigenat écossais et la nationalité britannique. L'Écossais peut être traité comme ayant une quasi-nationalité que nous appelons ici l'indigenat, et, pour cette même raison, l'application de la loi nationale doit être complète, même dans le sein de l'Empire : l'argument reste sans valeur.

§ XI. — *La soumission volontaire est une reminiscence des idées féodales.*

Quant à l'argument tiré de l'acte de soumission volontaire du domicilié à la toute puissance de la loi locale, (réalité des coutumes, de Voet) il indique deux notions intimement liées l'une à l'autre. La première est que les lois sont territoriales dans le sens que D'Argenté les avait expliquées et que l'aubain qui vient s'installer sur le sol et qui autrefois était, dans le délai d'un an, sous le régime féodal, obligé de faire sa soumission sous peine d'être réduit en servage, se trouve incroporé au sol. Il perd son individualité, il fait partie intégrante du sol du moment qu'il est attaché à perpétuelle demeure sur le territoire. Le sol étant le principal, l'objet de l'action du législacteur dans la conception Austinienne, tout ce qui s'incorpore à lui est fatalement exposé aux mêmes lois qui le régissent.

§ XII. — *Les institutions féodales subsistent encore en Angleterre : domaine direct et utile, justice seigneuriale*, etc.

Cet esprit féodal est très caractéristique dans le droit anglais moderne : jusqu'à aujourd'hui les juristes anglais ont distingué le domaine direct du domaine utile ; la propriété est encore dérivée, le véritable propriétaire c'est le roi. Le progrès timide n'osait reconnaitre la pleine propriété, la propriété absolue qu'en matière mobilière et après de longues hésitations. La survivance de la justice seigneuriale et la

validité de ses jugements dans plusieurs matières justifient notre objection à leur régime. Les institutions féodales de ce pays aristocratique sont les seules responsables de ce raisonnement qui heurte nos esprits habitués à voir la souveraineté avant tout personnelle ; la propriété avant tout absolue ; les individus avant tout égaux devant la loi. Les lords en Angleterre ne peuvent être jugés que par leurs « peers » c'est-à-dire par leurs pairs. Telle idée choque l'esprit démocratique, qui cherche à supprimer les titres honorifiques et, en les soumettant tous à la même juridiction sans acception de rang social, réalise un élément mécessaire pour la société moderne. Le faux pas dans le raisonnement archaique des juristes anglais, les avait amenés à soutenir une théorie féodale.

§ XIII. — *La théorie du domicile est une construction juridique.*

Nous lisons dans le sixième argument que la nationalité est une conception juridique obtenue à l'aide d'un matériel très disparate, très compliqué et très technique : des éléments, des faits et des présomptions artificielles très difficiles à connaitre et qui nécessitent une étude juridique très approfondie qui manque chez la plupart des gens. La notion de domicile est très simple, elle est constatée par un fait visible, tangible et matériel : la résidence. Il est indubitable que la détermination du domicile n'est pas moins difficile. Si, dans la détermination de la nationalité, on procède à des fictions, dans la fixation du domicile, d'origine, ou de choix, ou de domicile nécessaire, l'emploi de procédés techniques n'est pas moins visible. On peut

même constater l'emploi des procédés juridiques quand on parcourt un ouvrage anglais sur la matière, à propos de preuve et de la détermination du domicile. Là, les juristes avouent avec franchise que les éléments qui servent à nous guider sont de deux sortes : *a)* les éléments de fait ; *b)* les éléments de droit, fiction ou présomption.

§ XIV. — *Le droit est une science et les règles d'une science sont partout les mêmes.*

Quant à la difficulté de savoir le droit étranger, elle peut être facilement écartée. Le droit est partout le même, le droit n'est pas seulement un art, mais une science et les règles de science sont partout les mêmes. D'ailleurs avec la facilité des communications et le contact des juristes de plusieurs pays, on est arrivé à savoir beaucoup de droit étranger. Cette difficulté, maintenant éliminée par l'étude de droit comparé, ne peut nous décourager d'appliquer une règle de droit plus conforme à la justice, au bien-être des individus. Quant au retard dans un domaine où on a besoin de donner la plus prompte solution, il n'est pas aussi grand qu'on peut l'imaginer. Les nations ne sont plus isolées comme elles l'étaient dans l'antiquité, les personnes voyagent et s'installent dans d'autres parties du monde que leur pays natal. Les universités échangent des professeurs et des classes, les représentants du mouvement intellectuel de chaque pays se réunissent pour savoir l'état actuel dds sciences ; tout cela facilite pour les juges la connaissance du droit étranger, et, de la sorte qu'ils n'ont même plus besoin du secours des spécialistes, appelés à guider le tribunal

en qualité d'experts ; enfin, ils n'ont plus à user des voies diplomatiques de renseignements. Le retard n'est pas moins reprochable dans le système de domicile. Le cas le plus saillant est celui du domicile oriental. Comment peut-on connaître le dernier état de la science si on est très éloigné de son pays ? Les auteurs objecteront que les juges chargés de dire le droit dans les pays d'Orient, sont des spécialistes de ce droit..

L'objection est sans valeur, l'isolement du juge anglais de son pays ou l'éloignement du juge autochtone des pays de domicile sont deux aspects du même problème. Les deux trouveront la même difficulté pour préciser et déterminer la dernière thèse d'une jurisprudence prétorienne comme celle qui est formulée par les tribunaux anglais et qui est élevée au rang d'une loi par l'expression très significative de « case law ».

# LIVRE III

## LE CONFLIT DES LOIS EN ÉGYPTE

*sous sa forme de conflit de juridictions*

SECTION A

## Conflits mixtes

*Etude préliminaire. La condition de l'étranger et l'intérêt national en France. L'Egypte est un pays de capitulations. L'origine des capitulations est la tolérance d'un souverain tout puissant mais indulgent. Condition de l'étranger dans la législation actuelle. Les tribunaux consulaires. Doctrine de l'exterritorialité. Les tribunaux consulaires sont des juridictions égyptiennes. Respect qu'ils doivent à l'ordre public local. Ils doivent appliquer la loi locale surtout en matière pénale Les jugements de ces tribunaux sont exécutoires de plein droit.*

*Les tribunaux mixtes. Est-ce que ces tribunaux sont les juridictions du droit commun. L'exception de nationalité doit être soulevé in limine litis. Le défaut de juridiction est d'ordre public. Les tribunaux mixtes tentaient de réclamer une juridiction exclusive pour toutes les actions immobilières. Revirement jurisprudentiel. Cas où les tribunaux mixtes sont compétents malgré l'unité de nationalité des parties en cause. La compétence des tribunaux mixtes est-elle absolue pour tous les étrangers. La thèse des tribunaux mixtes n'est pas unanimement suivie. La thèse des tribunaux indigènes est plus juridique. Le conflit entre les tribunaux mixtes et indigènes. Théorie de l'intérêt mixte. Atténuation législative à la rigueur de la thèse jurisprudentielle.*

*Critique de cette doctrine. La compétence des tribunaux indigènes est devenue purement contractuelle, révocable ad nutum. Les tribunaux mixtes jouent le rôle d'un tribunal des conflits. Le pouvoir du gouvernement égyptien même en matière de police est contesté. Les tribunaux mixtes ont des attributions législatives.*

## § I. — *Etude préliminaire.*

L'examen que nous venons d'esquisser aboutit à ce résultat que seul le système de Mancini ne se prête pas à des critiques sérieuses. Nous avons trouvé que le système de M. de Vareilles Sommières donne prise à plusieurs critiques bien fondées et même que son auteur se laisse prendre au piège de ses propres spéculations.

Quant au système ingénieux de M. Pillet, nous avons déjà signalé que loin de simplifier notre domaine nébuleux, il aboutit à des résultats divergents suivant la conception particulière de celui qui le remanie. Mais comme la théorie italienne est encore loin d'englober toutes les difficultés et de nous fournir une solution adéquate, elle doit est restreinte au domaine du conflit des lois des natures différentes. Hors de cela, surtout dans tous les cas où nous sommes en face des conflits entre deux lois personnelles, nous sommes obligés de nous rabattre sur la doctrine de M. Pillet.

Telles seront les données qui vont nous guider dans le dédale du conflit des lois en droit égyptien.

Que le législateur égyptien (1) se soit inspiré de cette doctrine et l'ait consacrée dans les textes législatifs, cela ne nous semble point douteux. Mancini a participé aux négociations des tribunaux mixtes et le Code civil égyptien, reproduction textuelle du Code Napoléon avait été l'œuvre de ceux qui ont été ses disciples. D'ailleurs cette idée se trouve confirmée par l'exposé que nous allons faire sur la situation actuelle des conflits des lois dans ce pays. Seulement avant d'aborder cette étude, il faut se rappeller qu'en Égypte la personnalité des lois a un caractère matériel. Chaque habitant de ce pays quoique soumis en commun avec les autres à une partie importante du droit territorial garde sa loi personnelle et celle-ci est appliqué par des tribunaux spéciaux qui échappent plus ou moins au contrôle de la puissance centralisée. Cet état transitoire est très fâcheux et sa nature

(1) L'article 16 du décret du 14 juin 1883 portant réorganisation des tribunaux indigènes est ainsi conçu : Ils (les tribunaux indigènes) ne pourront non plus connaître des contestations relatives à la condition des wakfs, aux mariages et autres question qui s'y rapportent telles que : la dot, la pension, etc... aux donations, legs, suc;essions et toutes autres questions de statut personnel, l'article 77 et 78 du C. civ. mixte sont ainsi conçus :

Les successions sont réglées d'après les lois de la nation à laquelle appartient le défunt. Toutefois, le droit de succession à l'usufruit des biens wakfs est réglé d'après la loi locale. La capacité de tester et *la forme* des testaments sont réglées d'après la loi de la nationalité du testateur.

Peut-on constater une consécration plus formelle quoique conçue dans un esprit tout à fait différent de ce qui se passe en Occident de la théorie italienne ? V. une application intéressante de la règle Locus regit actum (*B. O. des Trib. indigènes* III année, p. 5.

l'appelle à disparaître. Il ne sera donc pas étonnant que notre étude porte sur des conflits de juridiction plutôt que sur une étude des conflits des lois. Ajoutons une autre particularité : le domaine du statut personnel est beaucoup plus large en droit égyptien qu'il ne l'est en droit français. Enfin, certaines questions de forme — mariage, succession, donation, testament — sont considérés comme faisant partie du statut personnel et relèvent, à ce titre, de la compétence des juges de statut personnel.

§ II. — *La condition de l'étranger et l'intérêt national en France.*

En France la pratique diffère sensiblement des principes théoriques exposés dans les chapitres précédents. Il existe en effet, en droit français deux théories, en vertu desquelles l'étranger se trouve dans une situation singulièrement défavorable, privé d'un faisceau de droits importants, soumis à une charge lourde, à une série d'obligations écrasantes; ces deux théories sont :

*a)* La théorie du Code civil sur la condition des étrangers,

*b)* La théorie de l'intérêt national dont l'effet direct aboutit à écarter l'application d'une loi étrangère dans son domaine le plus légitime et qui n'est contesté par aucun auteur : à savoir la capacité de l'étranger; et dont l'effet indirect est de refuser l'action en justice dans tous les cas où il n'y a pas intérêt national en jeu.

L'étude de ces question est hors de propos dans cette thèse ; d'ailleurs elle fait l'objet de plusieurs

chapitres des ouvrages célèbres sur le droit international. Il nous suffit de signaler que les accords diplomatiques ont atténué beaucoup la rigueur de ce système, qui s'explique par des raisons historiques. Ce système qui fait prévaloir l'intérêt national avant tout est pratiqué dans plusieurs autres pays comme l'Angleterre (Théorie de foreign attachment), Autriche, certains États de l'Amérique, etc.

### § III. —*L'Egypte est un pays de capitulations*

Ce que nous cherchons à étudier dans ce chapitre est le rapport entre la pratique égyptienne et les principes que nous venons d'exposer. L'Égypte, pays d'anomalie, pays de capitulations, est envahie par un nombre indéfini de lois étrangères. Nous ne remonterons pas au-delà de la pratique actuelle, conséquence de la réforme judiciaire du pays. L'étranger est soumis à sa loi nationale, non seulement en ce qui concerne son état et sa capacité, mais encore pour tous les crimes et délits qu'il commet sur le territoire, négation pure et simple de la souveraineté égyptienne.

### § IV. — *L'origine des capitulations.*

Comment nos ancêtres ont-ils méconnu aussi les droits souverains du peuple égyptien ? C'est une question qui ne relève pas de notre étude. Disons cependant que la seule explication qui puisse le légitimer semble être celle de l'intérêt national, interprété dans un sens erroné. Nos ancêtres concevaient que l'intérêt du pays était de s'occuper des nationaux et d'eux seulement. C'était une époque où les relations internationales étaient peu fréquentes sinon rares. Ils se

désintéressaient donc du sort de l'étranger. Si au contraire les intérêts d'un de nos nationaux étaient en jeu les autorités locales devaient toujours statuer et assurer la justice, même contre un étranger de quelque nationalité qu'il fut. L'évolution et la transformation de cette idée qui a échappé à plusieurs auteurs explique seule la création des capitulations. D'ailleurs l'étude historique le montre bien et si cette question ne débordait pas l'étude qui nous occupe pour le moment nous aurions très volontiers reproduit les documents historiques et diplomatiques qui justifient notre théorie (1).

(1) Ce n'est pas dans le cadre de cette thèse, comme je l'ai déjà indiqué, que je dois traiter l'origine des capitulations. Mais une idée développée par M. Renault donne pour raison de ces institutions une interprétation injurieuse pour les peuples musulmans. Il m'est donc impossible de passer sous silence cette thèse calomnieuse.

D'après cet auteur (*Bulletin de la société de législation comparée*, mai 1875, p. 258) et nous reproduisons ses propres termes : « Les Musulmans se font du droit et de la justice une idée toute différente de la nôtre ; pour eux c'est une partie de la religion. Dans leur fanatisme, ils ne pouvaient avoir l'idée de faire profiter de leurs droits et de leur justice des « étrangers » alors même qu'ils entretenaient avec eux des relations pacifiques.

Je m'inscris en faux contre cette affirmation gratuite. Prétendre que les Musulmans ne permettent aux étrangers de jouir du bénéfice du droit musulman parce qu'ils considèrent ceux-ci comme indignes, est un théorème que l'auteur n'a pas prouvé.

Si l'auteur a jeté un coup d'œil sans préjugé préalable sur l'état de la législation musulmane en Égypte, le plus grand centre d'études musulmanes, très soucieuse de respecter la conscience de tous s'est abstenue de s'imposer à tous. Le droit musulman est un droit facultatif dont tout le monde peut réclamer son application, mais qui ne sera jamais appliqué qu'après une adhésion volontaire formelle de l'intéressé. Les tribunaux musulmans sont ouverts pour faire justice à tout le monde même contre les Musulmans. Cela n'est pas une règle nouvelle qui intervient à raison d'une innovation, mais c'est un principe répété maintes fois dans le Coran, par le prophète et admis par tous les docteurs (ulemas) comme une règle d'évidence qui s'impose par le bon sens et la loi de Dieu miséricordieux qui ne cherche que la justice pour tous.

§ V. — *Condition de l'étranger dans la législation actuelle.*

En fait l'étranger de nos jours jouit d'immunités légales et juridictionnelles, il se trouve soumis à deux autorités concomitantes qui concourent à supprimer les attributs les plus essentiels des tribunaux indigènes, seuls tribunaux de plénitude de juridiction et de droit commun. D'une part ;

§ VI. — *Les tribunaux consulaires*

*a)* Il est soumis à un tribunal consulaire qui exerce la justice au nom de la puissance étrangère dont il est le ressortissant et qui applique la loi nationale du pays qu'il représente.

La juridiction est non seulement compétente pour tout ce qui concerne l'état et la capacité mais encore elle peut statuer sur les actions mobilières personnelles ou réelles, sans exception toutes les fois que les deux parties appartiennent à la même nationalité. Ce tribunal a aussi une juridiction pénale pour réprimer tous les crimes et délits qui seront commis par l'étranger sur le territoire égyptien.

§ VII. — *Doctrine de l'exterritorialité.*

D'après quelques arrêts, cette immunité ne peut être expliquée que par une idée d'exterritorialité. Cette idée, d'après M. Weiss (1), s'applique sans diffi-

(1) V. *Traité* (vol. III Conflit. t. I p. 230.

culté en matière criminelle ; elle a été consacrée en ce qui concerne les Français par les articles 75, 81 de la loi du 28 mai 1836, aux termes desquels les infractions par eux commises en pays musulman sont punies des peines édictées par la loi française : ce qui revient à dire que, pour les faits délictueux dont un Français s'est rendu coupable dans ce pays il est censé se trouver en France.

§ VIII. — *Les tribunaux consulaires sont des juridictions égyptiennes.*

La thèse égyptienne est tout à fait autre. Les étrangers ne peuvent pas être investis d'exterritorialité pour la seule raison qu'ils sont étrangers et qu'ils jouissent de privilèges exorbitants.

Les tribunaux consulaires quoique statuant sur le territoire égyptien au nom d'un souverain étranger ne cessent pas d'être de juridiction égyptienne. Ce sont des systèmes autonomes chargés par le souverain égyptien d'appliquer les lois des pays étrangers dans des matières bien nettes et entre une catégorie de personnes déterminées.

Ils tirent leur compétence de la concession qui leur est faite. Ces tribunaux, nous l'avons dit, sont essentiellement des tribunaux égyptiens pour les raisons suivantes :

§ IX. — *Respect qu'ils doivent à l'ordre public local.*

1° Dans leurs jugements ils doivent se conformer à l'ordre public égyptien. Ils ne peuvent, même dans le cas où il se trouve une disposition expresse de leur pays, appliquer une loi qui est contraire à l'ordre public

local. Ces tribunaux, quoique munis des moyens pour exécuter leurs jugements, ne peuvent se dispenser du concours des autorités du pays pour rendre efficaces leurs jugements. Ces autorités ont le droit de s'abstenir d'exécuter un jugement contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou à un jugement rendu par un tribunal égyptien.

§ X. — *Ils doivent appliquer la loi locale surtout en matière pénale.*

2° Ces tribunaux appliquent non seulement les lois du pays lorsqu'il y a concurrence de législation c'est à-dire quand le cas est prévu en même temps par la législation étrangère, mais encore, et surtout, en matière pénale là où il y a une disposition unique qui se trouve seulement dans les lois locales. Leur mission dans ce dernier cas est d'appliquer la loi locale même quand elle est une loi de répression. Ainsi, d'après la Cour de Cassation française (1), les tribunaux consulaires français des échelles du Levant sont compétents pour connaître du délit de diffamation commis par la voie de la presse entre français, bien que le journal incriminé se trouve régi sous le rapport de la police de la presse par la loi étrangère du lieu de sa publication.

§ XI. — *Les jugements rendus par ces tribunaux sont exécutoires de plein droit.*

3° Les jugements rendus par ces tribunaux sont considérés par les tribunaux mixtes comme des juge-

(1) Arrêt 28 nov. 1857, *Sirey* 1858, I, p. 252.

ments émanant des autorités égyptiennes. D'après l'article 468 du Code de procédure mixte « les jugements rendus à l'étranger par un tribunal étranger seront exécutoires en Égypte sur simple ordonnance du président du tribunal à charge de réciprocité ». Nous lisons dans un arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie du 18 mars et 29 avril 1891 (Bulletin de législation et de jurisprudence égyptienne, 16 juillet 1891) : les jugements rendus en Égypte par les tribunaux consulaires y sont exécutoires sans autre formalité, par l'autorité des tribunaux mixtes.

Cette règle s'applique au cas où l'exécution est poursuivie par voie de saisie immobilière. Au terme de l'article 468 du Code de procédure l'exécution en Égypte des jugements rendus par les autorités judiciaires étrangères n'est soumise au préalable aux formalités d'exequatur que dans le cas où les jugements auraient été rendus à l'étranger et non pas dans le pays.

### § XII. — *Les tribunaux mixtes.*

B L'étranger est soumis au tribunal mixte pour tout ce qui se rattache aux immeubles situés en Égypte, pour tout ce qui est qualifié contravention en matière pénale égyptienne, pour tous les procès entre deux étrangers de nationalité différente et pour certains crimes et délits, soit ceux qui sont commis contre le personnel du tribunal pendant ou à raison de l'exercice de ses fonctions, ou ceux qui sont expressément de la compétence de ce tribunal.

Ces tribunaux ont commencé à fonctionner le 1er

février 1876 pour un délai de cinq ans et dès lors ils sont renouvelables pour un délai de cinq ans au maximum. Ils ne tardèrent pas à empiéter sur la souveraineté égyptienne, à étendre leur juridiction par plusieurs moyens, à méconnaître l'action du gouvernement égyptien contre les étrangers, et même à jouer un rôle diplomatique d'une importance capitale non seulement pour l'Égypte mais aussi dans les relations franco-anglaises en Orient dans un moment ou le Proche Orient était en léthargie.

§ XIII. — *Est-ce que les tribunaux mixtes sont les juridictions du droit commun.*

Ces tribunaux, malgré qu'ils soient temporaires, renouvelables périodiquement, malgré qu'ils soient l'émanation d'un traité international entre l'Égypte et les puissances étrangères, n'ont jamais cessé de prétendre être les tribunaux de droit commun du pays. Ce principe est faux, ces tribunaux sont venus juxtaposer leur juridiction aux tribunaux égyptiens par excellence, les tribunaux indigènes. Ils sont des tribunaux d'exception par leur nature et par leur statut : « le règlement d'organisation judiciaire ». Dans une interprétation célèbre de leur juridiction, on trouve un jugement d'une valeur scientifique très contestable qui leur donne une compétence absolue à l'égard de tous même dans le cas où il n'y a pas un intérêt mixte, où les deux parties appartiennent à la même nationalité égyptienne.

§ XIV. — *L'exception de nationalité doit être soulevée in limine litis.*

*a)* Les tribunaux mixtes seraient les tribunaux de droit commun du pays, puisque toute personne peut être jugée par eux à condition d'intéresser au litige un étranger. L'exception d'incompétence invoquée par les parties intéressées pour décliner la compétence de ces tribunaux, à cause de leur nationalité commune, serait une exception de forme qui ne relève pas de l'ordre public et qui non seulement ne peut être relevée et observée par le tribunal d'office, mais qui doit être opposée par la partie intéressée, *in limine litis* avant toute question de fond. En revanche, nous lisons dans un autre jugement que les tribunaux indigènes ne peuvent pas statuer sur un procès où il y a un intérêt pour un étranger, même dans le cas où celui-ci n'invoque pas l'exception d'incompétence et se laisse condamner, même quand il laisse les autorités exécuter sur ses biens (les saisir, et les vendre), toute la procédure est entachée d'une nullité radicale absolue, et ne peut produire aucun effet nonobstant la négligence, le dol, la mauvaise foi de l'étranger et la bonne foi, l'innocence de son adversaire égyptien. !

§ XV. — *Le défaut de juridiction est d'ordre public.*

La simple exposition de la thèse jurisprudentielle dans cette question suffit à montrer comment les intérêts nationaux du pays sont menacés. Cette jurisprudence repose sur des principes faux qui étaient l'objet d'une très vive protestation de la part des hommes de loi en Egypte. En effet, le premier juge-

ment cherche à prouver que l'incompétence des tribunaux mixtes à l'égard des procès purement égyptiens est seulement relative et doit être soulevée *in limine litis*. Le tribunal oublie que son incompétence dans cette matière n'est pas, comme il prétend, relative, mais absolue et d'ordre public, et doit être soulevée par le tribunal d'office et que le Ministère public doit veiller à l'observation de ce principe capital

L'incompétence pourrait être relative dans le cas où la juridiction des tribunaux mixtes en général n'est pas niée, où on cherche à savoir lequel parmi ces tribunaux est compétent. Dans le cas que nous visons, il y a une contestation entre deux corps judiciaires essentiellement indépendants l'un de l'autre. Ce jugement unique a été heureusement écarté par la jurisprudence ultérieure de ces tribunaux. Le deuxième jugement que nous relations et qui est un objet d'inquiétude pour tous ceux qui sont intéressés à la vie judiciaire égyptienne, est malheureusement soutenu jusqu'à ce jour par les tribunaux mixtes. Ces tribunaux en appuyant par une jurisprudence pareille la fraude, le négligence, causent une grande perturbation et incertitude sur le sort des décisions des tribunaux indigènes. Ce principe n'est-il pas en flagrante contradiction avec la maxime que ces tribunaux ont appliquée à plusieurs reprises ? « *Ubi initium ibidem, finem habere debet judicium* ». « *fraus omnia corrompit* ». Comment ces tribunaux peuvent-ils corroborer une jurisprudence qui n'a pour objet que de porter de grands préjudices aux intérêts de nos nationaux victimes de la fraude, de la mauvaise volonté d'un étranger sans scrupule ?

Inutile de montrer l'effet très lamentable au point de vue pratique d'une telle jurisprudence devant laquelle tous les intéressés y compris les autorités se croisent les bras.

§ XVI. — *Les tribunaux tentaient de réclamer une juridiction exclusive pour toutes les actions immobilières.*

Cette première tentative ayant subi un grand échec, les tribunaux en cause n'ont pas tardé à trouver un autre moyen plus efficace, plus vigoureux, mieux soutenu que le précédent, pour arracher aux tribunaux de droit commun une partie très importante des actions, les actions réelles immobilières.

C'est le texte de l'article 9 du règlement d'organisation judiciaire des tribunaux qui les a égarés : L'article sus-cité était ainsi conçu : « Ils (les tribunaux mixtes) connaitront aussi de toutes les actions réelles, immobilières entre toutes personnes même appartenant à la même nationalité ». Le tribunal prétendait que le législateur, dans un but d'intérêt général pour assurer la sécurité des transactions immobilières, a voulu que ce seul corps de tribunaux soit exclusivement compétent en ces matières. Il invoque parmi les meilleures raisons qui l'ont fait formuler, cette prétention : l'institution auprès de ces tribunaux d'un bureau de transcription et d'inscription, des mutations immobilières avec une compétence territoriale à l'égard de tous.

Il est inutile de notre part de reproduire ce jugement pour étudier ces motifs de près, il n'avait existé que dans l'esprit de ses auteurs. C'était un jugement du tribunal du Caire qui a été annulé par la Cour

d'Alexandrie. L'opinion publique étant émue par le dit jugement, le gouvernement égyptien se hâtait de rendre le décret du 26 mars 1900 qui vient modifier le texte de l'article pour mettre fin à toute ambiguité, à toute obscurité et consacrer la jurisprudence de la Cour d'Appel d'Alexandrie.

Dans un arrêt de la même cour, nous lisons que toute action, qu'elle prenne sa source dans un droit réel ou dans un droit personnel, si elle a pour but la reconnaissance, l'exercice, l'attribution, la rétrocession ou la récupération d'un droit réel immobilier, est de la compétence exclusive de la juridiction mixte, alors même que les deux parties sont de la même nationalité étrangère (1).

§ XVII. — *Cas où les tribunaux mixtes sont compétents malgré l'unité de nationalité des parties en cause.*

1° Néammoins en vertu de l'article 197 du règlement du 9 juin 1887 pour les procès mixtes jugés en Égypte par la Cour d'Alexandrie, conformément aux pouvoirs, à elle conférés par l'article 37 du règlement judiciaire annexé à la loi du 17 décembre 1875, le montant des honoraires dus à l'avocat par son client est fixé, à défaut d'accord et de conventions entre les parties, par le juge devant lequel l'affaire a été plaidée. Il suit de là que le tribunal consulaire est incompétent pour connaitre, même entre parties de la même nationalité, d'une demande en paiement d'honoraires formée par un avocat contre son client à raison de

(1) Du Rausas, t. II, p. 363 note et Barakat, p. 252.

l'assistance qu'il lui a prêtée dans des procès jugés par les tribunaux mixtes d'Égypte (1).
il est dit :

2° La revendication par un sujet local, d'un immeuble adjugé à un autre sujet local, par jugement du tribunal mixte, sur poursuite de créanciers étrangers, doit être portée devant la même juridiction mixte en tant que conséquence de la vente forcée de l'immeuble (2).

§ XVIII. — *La compétence des tribunaux mixtes est-elle absolue pour tous les étrangers.*

Si les tribunaux mixtes n'ont pas réussi à conquérir la plénitude de juridiction pour tous y compris les nationaux, ils vont au moins prétendre à une compétence absolue à l'égard de tous les étrangers sans tenir compte que leur pays est ou non parmi les puissances qui ont collaboré à la formation de ces tribunaux. Pour l'explication des jugements rendus dans ce sens par les tribunaux mixtes, il faut se rappeler que seules certaines puissances ont des capitulations en Égypte. Les autres pays sont traités sur un pied d'égalité avec les nationaux. Les tribunaux mixtes ont été sollicités par les premiers pays pour remédier aux inconvénients du régime ancien. Il est antinaturel que ces tribunaux qui ont été institués pour mettre fin

---

(2) V. en ce sens, Cass. Ch. civ. 27 nov. 1899, *Gazette du Palais*, 22 déc. 1899.

(3) Cour d'appel d'Alexandrie 29 déc. 1898, *Bulletin de législation et de jurisprudence égyptienne* 1899, p. 76.

à l'anarchie qui régnait auparavant, viennent aggraver la situation et arracher aux tribunaux indigènes leur compétence naturelle.

§ XIX. — *La thèse des tribunaux mixtes n'est pas unanimement suivie.*

Dans le rapport du Ministère de la Justice égyptienne pour l'année 1915 il est dit que lorsqu'il s'agit d'une question de la juridiction civile ordinaire, les tribunaux mixtes acceptent d'étendre leur compétence, de manière à comprendre des conflits entre tous les étrangers, qu'ils soient, ou non, sujets des puissances signataires de la réforme judiciaire : la question s'est posée dans deux occasions, l'année passée, au sujet de leur compétence à connaître des procès entre Bulgares et sujet indigènes. Des décisions contraires furent rendues par le Tribunal d'Alexandrie (1). Mais la décision du tribunal supérieur, qui retenait sa compétence, parait être plus en harmonie avec la tendance de la jurisprudence et les besoins de la justice. Si le tribunal avait décliné sa compétence, il a aurait eu danger que les Bulgares fussent privés complètement d'un *forum* en matière civile. La cour d'appel indigène avait décidé qu'elle était incompétente pour statuer sur un procès introduit par un Bulgare, parce que sa juridiction était limitée aux procès entre indigènes, et que les Bulgares n'étaient ni indigènes ni sujets ottomans (arrêt du

(1) *Gazette des Ttribunaux mixtes*, v. p. 47 et la Cour d'appel (Ibid, V. p. 173.

13 janvier 1915). Jusqu'en 1910, les Bulgares, en Égypte, avaient joui de la protection russe et étaient soumis, par conséquent, à la juridiction mixte. Mais une lettre ministérielle de cette année annonça qu'ils seraient désormais soumis à la compétence des tribunaux locaux, tandis qu'une lettre du ministère de la justice ajoutait « aux lois du Pays et ses tribunaux indigènes ».

§ XX. — *La thèse des tribunaux indigènes est plus juridique.*

Les termes « tribunaux locaux » peuvent être interprétés dans le sens plus large des tribunaux du pays, et la sujétion aux tribunaux indigènes se rapportait seulement en matières pénales. Les tribunaux mixtes ont fréquemment proclamé qu'ils sont des tribunaux de juridiction générale en matière civile et commerciale, compétents entre toutes personnes de nationalités différentes résidant en Égypte. Ils ont compris « sujets étrangers », dans l'article 10 de leur loi d'organisation, comme comprenant toutes personnes de nationalité étrangère, et, par conséquent, ils ont réclamé la connaissance de procès dans lesquels des Persans, des Marocains, et des Brésiliens, agissent contre des indigènes. Le point de vue plus étroit, que les tribunaux mixtes sont compétents seulement à l'égard des étrangers dont les gouvernements ont été parties aux traités avec l'Égypte pour la modification de leurs droits découlant des capitulations, a été soutenu par le tribunal de première instance, avec une grande force de raisonnement, mais avec moins d'égard pour la pratique établie. A première vue, on peut bien soutenir

que le gouvernement égyptien ne peut être censé avoir accordé les privilèges d'une juridiction spéciale aux sujets de pays qui n'ont pas de traité. Mais, de même que les droits des étrangers en Égypte furent en grande partie tirés des usages étendant les stipulations des anciens traités avec l'Empire ottoman, de même la juridiction des tribunaux mixtes a été étendue par la coutume de manière à comprendre toutes les affaires dans lesquelles des personnes de nationalités différentes étaient parties.

On peut encore invoquer que ces tribunaux provisoires ont une juridiction purement contractuelle. Ils sont l'émanation d'un traité, d'un contrat et celui-ci est essentiellement relatif. Il produit ses effets pour les ressortissants de ceux qui ont figuré et collaboré à sa rédaction. Les autres pays ne peuvent pas bénéficier d'un acte fait par un tiers.

### § XXI. — *Le conflit entre les tribunaux mixtes et indigènes.*

C'est pour cela que les tribunaux indigènes n'ont pas tardé à se montrer très hostiles à cette jurisprudence et toutes les autorités du pays soutiennent la thèse jurisprudentielle des tribunaux indigènes. Le tribunal mixte une fois saisi d'une affaire de ce genre ne tardera pas à appliquer leur théorie et écarter la compétence des tribunaux indigènes dans cette matière. Le résultat est que les autorités se trouvent en face de deux jugements contradictoires rendus par des autorités égales, et peuvent choisir entre eux. Dans des cas pareils, les autorités chargées de l'exécution de jugements demandent l'avis préalable du Contentieux qui

jusqu'à ce jour témoigne une faveur exorbitante pour les jugements mixtes. Le gouvernement, par cette politique timide, cherche par tous les moyens possibles, même par le sacrifice de ses propres puissances, à éviter des incidents qui peuvent entrainer des difficultés.

§ XXII. — *Théorie de l'intérêt mixte.*

A côté de ce moyen direct, les tribunaux mixtes disposent d'un moyen indirect, une arme redoutable, la théorie de l'intérêt mixte pour tenir à son idée peu justifiée qu'il est au moins le tribunal de droit commun des étrangers.

En effet, selon l'article 13, le seul fait de la constitution d'une hypothèque, en faveur d'un étranger, sur les biens immeubles, quels que soit le possesseur et le propriétaire, rendra ces tribunaux compétents pour statuer sur la validité de l'hypothèque et sur toutes ses conséquences, jusques et y compris la vente forcée de l'immeuble, ainsi que la distribution du prix.

Les tribunaux mixtes, selon M. du Rausas, ont été amenés à généraliser cette disposition prise comme fondement. Ils ont édifié toute une théorie, très curieuse et très juridique, dont ils ont très logiquement déduit toutes les conséquences et dont l'application a eu pour effet d'étendre considérablement leur compétence en matières civiles et commerciales au détriment tout à la fois des juridictions consulaires et des juridictions indigènes.

La compétence se détermine non pas uniquement d'après la nationalité des parties en cause, mais aussi et surtout d'après le caractère des intérêts engagés au procès ; dès que dans le procès porté

devant elle un intérêt mixte apparait manifestement la juridiction mixte doit retenir l'affaire, alors même que les parties en litige appartiendraient à la même nationalité indigène ou étrangère, et, par voie de conséquence, dès que dans une instance introduite devant la juridiction consulaire par deux étrangers de même nationalité, ou devant la juridiction indigène par deux indigènes, apparait un intérêt mixte, la juridiction consulaire ou la juridiction indigène cesse *ipso facto* d'être compétente et toute la procédure engagée devant elle jusqu'à l'apparition de l'intérêt mixte doit être considérée comme non avenue. Cette procédure en tout cas est inoposable aux tiers dont l'intervention a fait apparaitre l'intérêt mixte.

Le gouvernement égyptien, voulant condamner la jurisprudence basée sur la théorie de l'intérêt mixte, soumit à la Commission internationale, composée de quatorze délégués des puissances ayant consenti à la réforme, une proposition selon laquelle la compétence des tribunaux mixtes devait être déterminée « uniquement par la nationalité des parties en cause, sans avoir égard aux intérêts mixtes qui pourraient être indirectement engagés dans le procès ».

### § XXIII. — *Atténuation législative à la rigueur de la thèse jurisprudentielle.*

La Commission rejeta en principe la proposition du gouvernement, mais elle consentit à enlever la compétence aux tribunaux mixtes dans les cas suivants :

1° Étant donné les intérêts étrangers qui étaient représentés dans l'administration municipale d'Alexandrie, les tribunaux de la Réforme se décla-

raient compétents dans toutes les contestations qui s'élevaient avec la Municipalité, même si le différend était avec un indigène. Un décret du 26 mars 1900 ajoute un troisième alinéa à l'article 9, du R. O. J. D'après cette nouvelle disposition « la Municipalité d'Alexandrie, dans ses rapports avec des indigènes, n'est pas justiciable des tribunaux mixtes. ».

2° La seconde modification est dans le cas de saisie-arrêt. La jurisprudence reconnait aux tribunaux mixtes le droit d'examiner des contestations dès que l'une des trois personnes intéressées n'appartenait pas à la même nationalité que les autres. Ainsi, dans le cas où le créancier et le débiteur sont indigènes (ou d'une même nationalité étrangère), si le créancier opère une saisie-arrêt entre les mains d'un étranger débiteur de son débiteur, les tribunaux mixtes se reconnaissent compétents pour décider quant à la validité de la saisie et quant à l'existence de la dette entre ces deux indigènes. Le décret du 26 mars décide que dans ce cas « l'instance en validité de la saisie doit être portée devant les tribunaux mixtes, mais la contestation sur la créance entre les deux indigènes reste de la compétence des tribunaux indigènes (art. 478, C. proc.)

Le décret vise un autre cas qui est le suivant : au cours d'une instance entre deux indigènes devant la juridiction indigène, un étranger vient pratiquer une saisie-arrêt sur la créance litigieuse. Encore dans ce cas les tribunaux mixtes décidaient que le litige devait être enlevé à la juridiction indigène pour devenir de la compétence des tribunaux de la Réforme. Le décret du 26 mars décide que dans ce cas « la saisie n'aura d'effet que sur ce qui sera définitivement adjugé

par la juridiction indigène » et que « le saisissant ne pourra agir contre le tiers-saisi qu'après solution du procès pendant, le tout sauf le cas d'une collusion entre le saisi et le tiers-saisi, ou si les parties ne donnent pas suite au procès pendant » (art. 479, C. proc.)

§ XXIV. — *Critique de cette doctrine.*

Cette doctrine très exaltée par Du Rausas est tout à fait fausse. L'article 13 invoqué pour appuyer cette jurisprudence abusive est un texte exceptionnel dû à la malencontreuse rédaction des codes mixtes. La règle *exceptio est strictissimae interpretationis* nous empêche d'employer le procédé d'analogie dans un domaine de droit strict, comme celui dudit article 13. Le principe est très élastique, très dangereux et l'effort du gouvernement pour pallier à ses inconvénients et tâcher au moins de fixer ses limites avait entièrement échoué. Ce principe sera dorénavant employé par chaque débiteur récalcitrant pour gagner du temps et ne pas exécuter son obligation. L'anarchie règne à cause de cette doctrine injuste, illogique et illégale. La juridiction des tribunaux indigènes est singulièrement menacée par le recours que peuvent faire les débiteurs véreux pour se soustraire à la justice, en s'abritant derrière cette théorie.

§ XXV. — *La compétence des tribunaux indigènes est devenue purement contractuelle, révocable ad nutum.*

Il est très regrettable de constater que cette théorie est imprégnée dans les esprits de tous les jurisconsultes étrangers de ce corps de tribunaux. Une action

prompte de la part du gouvernement est nécessaire pour faire cesser l'incertitude et l'anarchie qui règne actuellement dans la pratique. Tout le monde, y compris (arrêt de 21 avril 1881) les tribunaux mixtes, est d'accord sur la valeur scientifique, qui reste intacte dans la législation moderne, de la maxime : *ubi initium, ibidem finem habere debet judicium.* Pourquoi donc continuer à soutenir une pareille pratique prétorienne ? L'extension que les tribunaux mixtes font de l'article 13 est abusive et condamnée par les principes les plus élémentaires de droit. C'est par une interprétation scolastique et énigmatique comme celle de l'article 47 du Code de commerce ». (Les sociétés anonymes qui se fonderont en Égypte, seront toutes de nationalité égyptienne et devront y avoir leur principal siège). C'est par une interprétation abusive et fausse des autres textes comme celle qui considérait la municipalité d'Alexandrie, personne morale du droit public, comme une personne morale étrangère, que les tribunaux mixtes sont arrivés à ériger une théorie malencontreuse : la théorie de l'intérêt mixte. Un esprit impartial perçoit l'injustice que les tribunaux infligent par de pareilles interprétations aux tribunaux indigènes. La compétence de ceux-ci sera dorénavant non seulement contractuelle mais aussi temporaire, révocable *ad nutum* puisqu'il suffit d'intéresser un étranger d'une manière quelconque à faire une intervention agressive pour que le procès soit obligatoirement et inévitablement porté devant les tribunaux mixtes qui seuls peuvent rendre un jugement efficace dans cette matière.

§ XXVI. — *Les tribunaux mixtes jouent le rôle d'un tribunal des conflits.*

Grâce au caractère international des tribunaux mixtes, leur thèse finit par l'emporter, les autres juridictions doivent reculer, nous pouvons même dire se soumettre. L'absence d'un tribunal suprême placé au-dessus de ces diverses juridictions leur a donné la possibilité d'assumer un rôle de régulateur, d'organisateur qui inspire l'harmonie entre les divers tribunaux du pays.

Bon gré, mal gré, les jugements émanant de n'importe quelle juridiction peuvent être revisés, quelquefois même considérés comme non avenus. Ainsi nous pouvons dire et constater que ces tribunaux ont joué en fait, sinon en théorie, le rôle du tribunal suprême du conflit. Ils ont puisé un arsenal d'arguments bien piètres, bien disparates, de leur caractère complexe. Tantôt on les voit affirmer qu'ils sont les tribunaux de droit commun de pays, qu'ils sont foncièrement Égyptiens. Ils invoquent dans ce sens l'article 5 du règlement d'organisation judiciaire d'après lequel « la nomination et le choix dds juges appartiendront au Gouvernement égyptien ; mais pour être rassuré lui-même sur les garanties que présenteront les personnes dont il fera choix, il s'adressera officieusement aux Ministres de la justice à l'étranger et n'engagera que les personnes munies de l'acquiescement et de l'autorisation de leur gouvernement », l'article 13 du code civil d'après lequel ils invoquent aussi l'argument que les jugements sont rendus au nom de la souveraineté égyptienne et en conformité de ses

vœux. Mais on peut relever d'autres jugements qui invoquent le caractère complexe international de ces institutions et il nous semble que cette dernière interprétation est la plus conforme à l'esprit, la tendance, l'origine, et la constitution cosmopolite de ces tribunaux. Si les tribunaux mixtes ont réduit les autres juridictions à un rôle accessoire, subalterne même, leur programme ne s'arrêtait pas à cette limite. Cette fois ils se sont insurgés dans l'administration du pays, ils ont examiné la légalité de tout acte public sans tenir compte de la distinction fondamentale des actes gouvernementaux, de souveraineté et les actes d'administration proprement dits (1).

§ XXVII. — *Le pouvoir du gouvernement même en matière de police est contesté.*

Le désir de ces tribunaux de conserver leur souveraineté sur les étrangers était poussé jusqu'à nier le droit du gouvernement égyptien de faire son devoir de police, d'assurer le bon ordre dans le pays. Les tribunaux mixtes se sont catégoriquement opposés à ce que le gouvernement du pays puisse faire des règlements de police d'ordre général et permanent.

Ces tribunaux mixtes admettent que les autorités ne puissent pas légiférer contre les étrangers même en matière de simple police et cela malgré le texte de l'article 10 du code civil mixte, dont le texte est le suivant. « Les lois de sûreté et de police obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

(1) V. l'article II du Code civil mixte.

Si cet argument paraît peu satisfaisant malgré les termes absolus du texte, on peut invoquer la nécessité impérieuse pour le Gouvernement d'assurer le bon ordre, c'est même sa raison d'être, le texte de l'article 2 de la loi du 18 juin 1867, qui donne aux étrangers le droit de posséder des immeubles à condition qu'ils se soumettent aux lois de police. De plus l'article 340 § 3 du code pénal mixte dispose ainsi : « Les règlements à intervenir sur les faits non prévus ci-dessus devront déterminer la peine encourue pour contravention dans la limite des peines de simple police dans le cas où une peine plus forte serait prononcée, elle sera de plein droit, réduite dans cette limite ».

Le droit du Gouvernement égyptien de faire des lois et des règlements est bien caractérisé, il est même hors de discussion dans tous les textes que nous rapportons. Malgré ces textes précis, claires simples, hors d'ambiguité, le jugement du 27 janvier 1887 vient restreindre singulièrement le droit du gouvernement dans cette matière.

Le gouvernement ne pourra faire que des règlements essentiellement provisoires. Quant aux règlements perpétuels ils doivent être édictés suivant la procédure indiquée par l'article 12 du code civil mixte. Le gouvernement ne pouvait rester insensible devant l'atteinte portée à ses droits dans le domaine de son administration, et dans un attribut primordial de la puissance publique. Il a négocié avec les puissances ; le résultat des négociations fut une transaction. C'est la solution peu satisfaisante d'après nous qui est consacrée par le décret du 31 janvier 1889. Suivant ce décret les règlements déjà en vigueur seront exécu-

toires dans tous le pays mais dorénavant les nouveaux règlements doivent être soumis à la cour d'appel mixte. Celle-ci doit se borner à l'examen des questions suivantes :

*a)* Que ces règlements aient un caractère général et absolu sur tout le territoire.

*b)* Que la peine édictée soit une peine de contravention.

*c)* Que ces règlements ne contiennent pas des dispositions contraires, aux conventions ou traités qui règlent l'état des étrangers en Égypte.

Ce décret marque une véritable calamité pour le pays. La dernière trace de la souveraineté égyptienne avait été méconnue et le décret vient transiger sur la raison d'être des gouvernements, l'attribut essentiel et primordial de la puissance publique. D'ailleurs le troisième chef sur lequel doit porter l'examen de la Cour d'appel est très vague, très ambigu, très obscur. Nous ne pouvons qu'attendre une force redoutable, invincible, dorénavant dressée devant le gouvernement égyptien et obtenant la maîtrise sur celui-ci comme elle l'a déjà obtenue sur les autres juridictions.

### § XXVIII. — *Les tribunaux mixtes ont des attributions législatives.*

Dorénavant,ces tribunaux seront investis de la souveraineté personnelle et réelle au moins sur les étrangers. A côté de leur rôle judiciaire, administratif, le décret du 31 janvier 1889 vient élargir outremesure leurs attributions législatives déjà consacrées par l'article 12 du code civil dont voici la forme défi-

nitive modifiée par le décret du 11 novembre 1911 (Loi nov. 17 de 1911) :

1° Les additions et modifications à la législation mixte seront édictées sur l'initiative du Ministère dela Justice, à la suite et en conformité d'une délibération de l'Assemblée Générale de la Cour d'Appel Mixte à laquelle sera appelé le juge le plus ancien de chaque nationalité dont le Gouvernement a adhéré à la Réforme Judiciaire de 1875, et qui n'est pas représentée par un conseiller à la Cour.

L'Assemblée ne sera valablement constituée que par la présence d'au moins quinze de ses membres.

Tout conseiller à la Cour dont l'absence ou l'empêchement est constaté en vertu d'un règlement intérieur à élaborer par l'Assemblée générale de la Cour en séance ordinaire, sera remplacé par le plus ancien de la même nationalité. Le juge le plus ancien absent ou empêché dans les mêmes conditions sera remplacé par le juge subséquent de la même nationalité.

La délibération devra avoir été prise à la majorité des deux tiers des membres présents.

Les projets de loi ainsi approuvés ne peuvent être promulgués que trois mois après leur approbation.

A la demande d'une ou de plusieurs puissances, formulée au cours de ce délai, ils seront, à l'expiration du dit délai, soumis à une nouvelle délibération. A la suite de cette nouvelle délibération, le projet de loi qui aura réuni la majorité de voix requise pourra être promulgué sans autre formalité ni délai.

SECTION B

## Conflits internes ou purement nationaux

*La personnalité des lois. Les juridictions ecclésiastiques et leurs attributions. Le rattachement à une communauté. Le fonds du droit dépend du hasard. Applications de la doctrine de « fraude à la loi » et de la théorie des « droits acquis » rôle du parquet. Nature de la juridiction ecclésiastique. La juridiction du Saint-Siège.*

### § I. — *La personnalité des lois.*

Si la législation applicable aux étrangers en Égypte est tellement confuse, incertaine et même inexistante dans certains cas, l'état des lois égyptiennes purement applicables aux nationaux du pays n'est pas moins confus.

La personnalité des lois est poussée à l'extrême. Il est vrai que la loi pénale, tout ce qui est communément connu sous le nom de statut réel, la loi égyptienne en matières successorales, en matière d'interdiction et curatelle sont essentiellement territoriales.

Seulement en matières successorales les parties peuvent, à condition qu'il y ait parmi eux un accord unanime, porter le différend devant le tribunal chargé de leur appliquer leur statut personnel. Ces tribunaux, comme les cadis, appliquent la loi du *de cujus* pour

la dévolution des biens du défunt. Néammoins cette application n'est pas toujours vraie sauf dans les cas où le défunt est musulman et où le procès est porté devant les autorités ecclésiastiques. Dans le cas où il n'y a pas accord unanime, le cadi qui aura la compétence exclusive appliquera le droit musulman sans tenir compte de la loi que l'Église devait appliquer dans le même cas.

### § II. — *Les juridictions ecclésiastiques et leurs attributions.*

Les matières qui sont de la compétence soit des juridictions ecclésiastiques soit des tribunaux consulaires statuant en leur qualité du tribunal de statut personnel sont le mariage, ses conditions, ses formes ses conséquences, le régime des biens des époux, le divorce et la séparation, la reconnaissance d'enfants, l'adoption, la tutelle, la curatelle, l'interdiction, l'absence, les donations, les testaments, les successions et les wakfs.

Nous avons déjà indiqué qu'en matières de curatelle et d'interdiction au moins entre les nationaux, les autorités locales *Maglis Hasby* réclament une compétence sinon exclusive, du moins concurrente avec les autorités ecclésiastiques. Au contraire la compétence exclusive de celle-ci en matière de tutelle est hors de doute. La tutelle est une charge à double fonction: d'une part l'administration des biens du mineur, et d'autre l'éducation du pupille, et cette dernière est évidemment la plus importante. La religion du pupille dépend essentiellement de son éducation et c'est pour cela que l'équité et le bon sens répugnent

à ce qu'on lui nomme un tuteur d'une autre religion. La pratique est constante et indiscutable dans ce sens. Ce sont les autorités ecclésiastiques qui procèdent à la nomination, la révocation, le remplacement et la détermination des pouvoirs du tuteur.

§ III. — *La rattachement à une communauté.*

La règle applicable pour fixer le rattachement d'une personne à une communauté déterminée est que chaque père est présumé avoir transmis à ses enfants sa religion au moment de la naissance. Si l'enfant est de parents inconnus, c'est la personne chargée de la garde et de l'éducation de l'enfant qui lui communique sa religion et par conséquent son statut personnel. Si le père est mort ou si l'enfant est illégitime c'est la mère qui lui communique sa religion.

La preuve du rattachement à une communauté religieuse pour réclamer la compétence de telle juridiction et l'application d'une telle loi se fait par tous les moyens possibles, même par la possession d'état et la commune renommée.

§ IV. — *Le fonds du droit dépend du hasard.*

Les règles adoptées pour essayer de donner une solution aux innombrables conflits qui naissent sont peu satisfaisantes. Pour indiquer la compétence juridictionnelle on applique la maxime *actor sequitur forum rei*. Autrefois le choix ainsi fait, le tribunal saisi ne concevait pas d'ordinaire qu'il puisse appliquer une autre législation que la sienne. Le résultat était très fâcheux, le fond du droit dépendait des hasards par-

fois des fraudes de la procédure. Le Ministère de la Justice égyptienne essaya de pallier aux inconvénients très saillants du système, d'une manière officieuse, en rappelant l'attention de ces juridictions sur la nécessité de se conformer aux règles du droit international, de bon sens dans leur jugement.

Parmi les règles très intéressantes qui ont reçu plusieurs applications dans la pratique égyptienne, se trouvent, la règle de la fraude à la loi et des droits acquis.

§ V. — *Applications de la doctrine de fraude à la loi et de la théorie des droits acquis.*

Une consécration jurisprudentielle de cette première règle est l'arrêt de la cour d'Appel indigène (du 21 avril et 15 juin 1904, Bulletin des tribunaux indigènes, p. 14) ; dans lequel la Cour a considéré comme non avenue la conversion d'un chrétien qui n'a eu lieu qu'en vue de se dérober à la compétence patriarcale. La conversion est soumise à certaines formalités coutumières destinées à en assurer la liberté et la sincérité. C'est pour cela que certains auteurs ont vivement protesté contre cet arrêt. Ainsi M. Pierre Arminjon, juge au tribunal mixte du Caire, dans un carticle du journal de Clunet de 1912 dit : « L'indépendance en matière confessionnelle des commuautés religieuses de l'empire ottoman ne permet pas d'ailleurs à une autre autorité judiciaire ou administrative de contester l'appréciation qu'elles ont faite de la sincérité d'une conversion, étant données surtout les garanties de fait qui entourent un acte de ce genre. »

L'objection est pour nous sans valeur. La soi-disant

indépendance de toutes ces communautés religieuses, n'existe pas ni en fait, ni en théorie. Les tribunaux indigènes, dans l'absence d'un tribunal suprême de conflit exerce un pouvoir étendu qui peut aller jusqu'à l'examen du fond de jugement de ces communautés. Ils peuvent et ils doivent dans le cas de conflit, soutenir un jugement d'une communauté déterminée pour considérer comme non-avenu le jugement d'une autre communauté. Il est du devoir des parquets indigènes de ne pas prêter la main et de ne pas aider à l'exécution des jugements de ces autorités, qu'après avoit été assuré que 1° le jugement dont on demande l'exécution émane d'une juridiction compétente ; 2° qu'il n'y a pas un jugement contraire dans le même sens des tribunaux indigènes ou des cadis ; 3° que le jugement n'est pas contraire à l'ordre public local.

Le deuxième argument invoqué par M. Arminjon est sans portée dans la question. Les garanties de forme, ne sont que des formalités pour prouver que la conversion émane d'une volonté libre, franche de toute contrainte, de toute violence. Elles n'excluent pas la fraude, l'intention méchante, le but interressé. La thèse contraire soutenue par M. Arminjon n'est que le soutien et l'encouragement d'une personne sans scrupule envers la fraude. La jurisprudence indigène dans cette matière est plus juste, plus équitable et en entière conformité avec la loi.

La deuxième règle est celle des droits acquis. On trouve des applications intéressantes en matière de mariage. Ainsi la loi qui sera appliquée dans tout se qui se rattache aux relations des époux est celle du

mari au moment du mariage. La femme a des droits acquis du fait des dispositions de cette loi et il ne dépend pas de la volonté unilatérale du mari de l'en priver. A mon avis, cette solution s'impose et les tribunaux indigènes au moins doivent intervenir et obliger les autorités ecclésiastiques à appliquer cette loi même quand l'intéressé appartient à une autre communauté que celle saisie de l'affaire. Le parquet indigène doit aussi s'assurer du respect de cette loi et si les autorités ecclésiastiques persistent, à ne pas respecter cette loi, le parquet doit s'abstenir entièrement d'aider à l'exécution.

### § VI. — *Rôle du parquet*

Nous saisissons sur le vif le rôle très passif joué par nos membres du parquet. Ceux-ci doivent contrôler l'administration policière dans tout ce qui se rattache à ces questions. Ils doivent contrôler les agents d'administration qui ne sont que leur préposés dans cette matière et ceux-ci doivent se référer au parquet qui possède des connaissances techniques qui font défaut chez ces agents.

D'ailleurs ce moyen très simple, qui donne au parquet les pouvoirs qu'il puise directement de la loi, assure le contrôle gouvernemental, la centralisation des pouvoirs dans les mains des techniciens et l'immunité de l'agent de l'administration policière. Celui-ci agira dorénavant au nom du parquet qui est essentiellement irresponsable de ses actes. Une application intéressante de la même règle, est celle d'après laquelle le changement de juridiction et de législation que la conversion entraîne ne devrait s'accomplir que pour

l'avenir. D'une façon générale, dit M. Arminjon dans ledit article, il semblerait juste que tous les actes, tous les jugements émanés de l'ancienne communauté restassent valables et les droits acquis sous l'ancienne communauté intacts. C'est ainsi que la Cour d'appel mixte a jugé qu'un mariage valablement célébré avant la conversion d'un des conjoints devait être maintenu après cet événement, elle a en conséquence considéré, comme non avenue la décision contraire du nouveau patriarcat de ce converti.

### § VII. — *Nature de la juridiction*

Nous avons déjà signalé à propos de notre étude sur les tribunaux consulaires, qu'ils ne cessent pas pour cela d'être des tribunaux vraiment égyptiens, la même solution *a priori* doit être donnée pour les juridictions patriarcales.

Quelques-uns peuvent tenter de soutenir la thèse contraire. Ces tribunaux en ce qui concerne les patriarcats, catholiques d'Orient, syriaques, chaldéens, coptes, maronites, arméniens et latins rendent la justice au nom du pape et leur décision sont portées devant lui.

### § VIII. — *La juridiction du Saint-Siège*

A notre avis, pour les raisons déjà signalées, nous insistons pour que ces tribunaux soient aussi des tribunaux égyptiens. De plus nous contestons la compétence du pape dans les procès égyptiens. Malheureusement la pratique est contre notre théorie, et la jurisprudence est loin d'être unanime. Néanmoins il est dit dans un jugement rendu par le tribunal mixte

du Caire le 24 avril 1893, que les décisions patriarcales rendues en Egypte ne sont pas susceptibles d'un recours devant la juridiction de la Sainte Cour de Rome. La justice, dit le même jugement, est un tribut de la souveraineté qui l'exerce soit directement, soit par l'entremise de fonctionnaires qui relèvent d'elle et la rendent en son nom : elle est éminemment territoriale. Si par l'effet d'une pure tolérance qui s'inspire à des motifs de haute opportunité, le sultan a pu, pour les sujets de son empire, reconnaître, à côté de la juridiction ordinaire, une juridiction d'exception relativement à certaines causes intimement liées au statut religieux des chrétiens et attribuer aux autorités ecclésiastiques respectives une certaine compétence, on ne saurait, en l'absence d'un traité ou d'une loi formelle, étendre cette concession jusqu'à permettre que des sujets ottomans puissent être justiciables d'une autorité étrangère, sise en dehors de ce même territoire. Libre aux autorités ecclésiastiques de s'inspirer où il leur plaît, la valeur des décisions qu'elles rendent, en vertu du pouvoir juridictionnel dont elles ont été exceptionnellement investies par le souverain, n'est nullement subordonnée à des recours qu'il peut plaire aux parties d'exercer auprès des chefs hiérarchiques spirituels ayant leur siège hors de son empire et en faveur desquels il n'a eu aucune façon, entendu déroger à sa souveraineté.

SECTION C

## Conclusion

*Nécessité d'une réforme urgente. La question angoissante de la non-assimilation des étrangers. Le désavantage d'être national en Egypte. Nécessité de réformer les lois sur la naturalisation. L'anachronisme des capitulations est unanimement reconnu. Nécessité urgente de laïciser les lois. Suppression des juridictions ecclésiastiques. L'évolution des pays de l'occident est le meilleur exemple : la solidarité confessionnelle s'est évanouie. Suppression des juridictions consulaires. Le consul ne doit pas empiéter sur notre souveraineté. Le régime actuel est nuisible même aux étrangers.*

§ I. — *Nécessité d'une réforme urgente.*

Si le flot de nationalisme égyptien va bientot emporter les institutions archaïques des capitulations l'avantage ne sera pas exclusif à l'Égypte : les étrangers en profiteront avant les nationaux.

La persistance à soutenir par des arguments bien faibles le régime actuel nuit aux étrangers eux-mêmes. L'Égypte, réveillée, dispose d'armes pacifiques qui dirigées par la raison en même temps qu'irréprochables seront plus redoutables que la force brutale.

Les étrangers qui fréquentent notre pays savent que leur intérêt est de s'entendre avec les Égyptiens et qu'ils peuvent obtenir par l'amitié la satisfaction qu'ils désirent. D'ailleurs l'amour de l'Égyptien pour l'étranger est proverbial. Cet étranger n'est ni aubain, ni outlaw : il est un objet d'amour et d'égards de la part de tous. La lecture des livres saints rappelait à tous les habitants de la Chrétienté ce précepte deux fois répété dans la Bible : « Vous n'attristerez et n'affligerez point l'étranger parce que vous avez été étranger vous-même dans le pays d'Égypte ».

§ II. — *La question angoissante de la non-assimilation des étrangers.*

Malgré l'hospitalité que notre pays témoigne à tous les étrangers, malgré les fortunes fantastiques qu'ils font grâce à l'encouragement que l'Égyptien ne cesse pas de leur donner, les étrangers se sont montrés plusieurs fois indifférents dans l'histoire de notre pays.

Faut-il en conclure à une xenophobie ? Le bon sens et l'intérêt du pays condamnent une telle conclusion.

§ III. — *Le désavantage d'être national en Egypte.*

A mon avis la faute reste à notre charge et nous n'avons à nous en prendre qu'à nous-mêmes.

La non-assimilation des étrangers est peut-être due aux prérogatives exorbitantes dont ils jouissaient dans notre pays. Le régime actuel donne à l'étranger plus de droits qu'au national. L'étranger peut arriver aux plus hautes fonctions de l'administration sans qu'il soit nécessaire pour lui de solliciter une natura-

lisation. Il ne cesse pas de garder l'esprit de retour et il trouve son avantage à garder sa nationalité.

Le régime futur du pays sera tout autre. Les fonctions publiques seront dorénavant réservées aux nationaux.

§ IV. — *Nécessité de réformer la loi sur la naturalisation*

Beaucoup d'étrangers vont continuer à fréquenter notre pays pour chercher des emplois plus rémunérateurs qu'en Occident. Ici il nous est nécessaire d'insister sur la lacune de notre loi sur la naturalisation.

Les lois égyptiennes ne donnent pas facilement à l'étranger le droit de cité. Le changement de ces lois est un des problèmes qui attire dans ce moment l'attention de plusieurs hommes d'État égyptiens. Le droit égyptien doit d'inspirer des lois françaises sur ce point et accorder la nationalité égyptienne, après un stage limité, aux étrangers visés par l'article 8, Cide civil français.

L'étranger, nous l'avons dit, est dans une sécurité complète. Il a à sa disposition toutes les richesses de notre pays, il est traité avec une faveur qui ne peut être contestée.

§ V. — *L'anachronisme des capitulations est unanimement reconnu.*

Pourquoi alors garder des institutions qui n'ont plus leur raison d'être. Pourquoi, par une politique aveugle quelques puissances soutiennent-elles obstinément de pareilles institutions ?

L'anachronisme du système est unanimement reconnu. L'Égypte a évolué considérablement: l'ins-

truction est très modernisée, la justice nationale fonctionne à merveille ; les entraves qui demeurent doivent disparaître. A mon avis tous les tribunaux du pays doivent être fusionnés avec les tribunaux indigènes. La réforme est plus une question de forme que de fond. Le projet présuppose :

§ VI. — *Nécessité urgente de laïciser les lois.*

*a)* Un statut personnel plus moderne. La polygamie pratique très mal vue par l'opinion publique égyptienne, doit être prohibée. La législateur reconnaitra ainsi à la femme, par cette réforme, sa place dans la vie : la femme n'est pas seulement un instrument de procréation, mais une véritable associée digne de tout respect, surtout du respect de ses sentiments.

§ VII. — *Suppression des juridictions ecclésiastiques.*

*b)* Suppression des juridictions ecclésiastiques.

La persistance des juridictions ecclésiastiques sur le sol de notre pays ne fait qu'accentuer le désordre, l'abus des pouvoirs et la méconnaissance de l'unité sociale du pays.

Tous les pays ont beaucoup lutté pour s'affranchir de la tutelle ecclésiastique et de son immixion dans les affaires civiles et politiques.

Si l'histoire politique de grandes puissances du monde nous reflète avec netteté cette constation, c'est parce que l'unité nationale ne pouvait être atteinte autrement.

§ VIII. — *L'évolution des pays de l'occident est le meilleur exemple : La solidarité confessionnelle s'est évanouie.*

L'Égypte doit passer dans la même voie pour s'acheminer vers son idéal sacré. En divisant les nationaux en Juifs, Musulmans, Chrétiens, etc, et en les obligeant à recourir pour une très bonne partie de leurs litiges à des juges incompétents statuant suivant le dogme religieux, généralement très archaïque, et funeste aux rapports avec les soi-disants : infidèles, hérétiques, on crée des remparts très forts contre la fusion de ces unités, dans une nation homogène ayant le même idéal, poursuivant le même but.

Si les États modernes ne cessent pas de puiser des armes contre les organismes puissants pour les obliger à ne pas franchir les bornes de leur spécialité, c'est parce que ces communautés, par leur évolution naturelle visent à l'omnipotence et à la désagrégation de l'État.

L'État en sa qualité de dépositaire des intérêts nationaux doit donc faire cesser ces pratiques, et, en procédant ainsi, il se protège lui-même en récupérant l'attribut essentiel de sa puissance et de sa raison d'être.

§ IX. — *Suppression des juridictions consulaires.*

*c)* Suppression des juridictions consulaires.

Le consul, quoique protecteur naturel de ses compatriotes, ne peut pas pousser sa protection outre mesure et permettre à ses conationaux de se soustraire

à l'empire de la loi locale dans son domaine propre et naturel.

Nous avons répété, à plusieurs reprises, que la justice, même entre deux étrangers, est le devoir des autorités locales.

§ X. — *Le consul ne doit pas empiéter sur notre souveraineté.*

Il est donc nécessaire que ces juridictions cessent de fonctionner. D'ailleurs ces autorités consulaires ont été déléguées par la puissance locale pour juger les étrangers à titre temporaire. Leur nature n'est pas encore changée et si elles fonctionnent c'est que le souverain les a tolérées. Or, c'est un principe de droit et de bon sens que les actes de pure tolérance ne peuvent constituer des droits qui se prescrivent.

Ceux qui soutiennent le régime actuel ne savent pas que les intérêts étrangers ont été sacrifiés plus d'une fois.

§ XI. — *Le régime actuel est nuisible même aux étrangers.*

Nous nous contentons de rappeler que les tribunaux mixtes ont décliné constamment leur compétence en matière de statut personnel même dans le cas où les deux parties en cause, sont mises d'accord pour demander l'arbitrage de ces tribunaux dans le cas où elles n'ont pas de représentants diplomatiques dans notre pays.

Le résultat de cette jurisprudence est nettement

fâcheux et contraire à l'intérêt des étrangers qui se trouvent privés d'un *forum*.

C'est au fonctionnement du système actuel qu'il faut s'en prendre.

# LIVRE IV

## LA DOCTRINE DES NATIONALITÉS

*comme base de la politique internationale*

*Introduction. Définition de Mancini et de Renan. Le vouloir-vivre collectif. La forme moderne de l'esclavage. L'impérialisme. Théorie de la culture. Degrés de culture du Vollkulturvolker. Critique de la doctrine : Il y a une loi morale qui est supérieure à la nature humaine et qui réprime ses instincts animaux. La doctrine de culture est la résurrection de la thèse des sophistes grecs. Doctrine des sélectionnistes. Doctrine de la frontière naturelle. L'impérialisme économique : système d'assimilation. Conclusion.*

## INTRODUCTION

La théorie de Mancini que nous avons exposée qui seule pouvait résister à une analyse minutieuse et une critique sérieuse, n'est pas seulement une théorie de droit international privé, mais aussi de droit international public : elle fait le bien-être de la collectivité comme elle le fait de l'individu : comme les individus ont le droit de choisir leurs gouvernants, de même les collectivités ont le droit de choisir leur nationalité. Mais avant toute explication, il semble nécessaire de préciser le sens de ce mot.

§ I. — *Définition de Mancini et de Renan.*

Mancini fut le premier à donner une définition précise de la nationalité : la nation est une société naturelle d'hommes que l'unité de territoire, d'origine, de mœurs et de langage, mène à la communauté de vie et de conscience sociales ». Cette définition précise et concise fait ressortir une théorie libérale comme base de la communauté internationale. M. Renan donne une définition célèbre et non moins significative. La nation est un principe spirituel résultant des complications profondes de l'histoire, une famille spirituelle, non un groupe déterminé par la configuration du sol.

§ II. — *Le vouloir-vivre collectif.*

M. Le Fur analysant ces définitions nous dit : « Donc avec le temps, avec l'unité de territoire et de gouvernement, triple facteur historique, géographique et politique — ce qui cimente surtout une nation, c'est la volonté actuelle de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir, pour le transmettre aux générations suivantes, l'héritage reçu des ancêtres, le passé sombre ou glorieux qui prépare le programme à réaliser dans l'avenir, c'est en un mot, ce qu'on a pu exprimer d'un seul terme, heureusement choisi, le (*vouloir vivre collectif*). Les États fondés sur le principe des nationalités, sont un fait naturel et inévitable dans le développement des sociétés humaines, et, à ce titre le droit moderne doit en tenir compte. Dans tous les temps modernes, un des premiers principes du droit

international réside précisément dans la liberté, dans le droit de disposer de son sort, qui est reconnu par le droit public intérieur aux citoyens des différents États et qu'il est impossible de ne pas admettre au profit des grandes communautés historiques, au profit des nations. Le principe des nationalités a une base plus large, plus sûre c'est la communauté morale des traditions et des aspirations. Les nationalités modernes sont le résultat de croisements séculaires les plus divers il n'est pas possible de parler de nos jours de peuples de race pure au sens ethnographique du mot et, en fait, le droit international n'y songe guère, seulement, de même qu'un individu venant au monde jouit, par le fait de sa naissance d'un certain nombre de droits pour pouvoir exister, se développer et se perfectionner, on doit reconnaitre aux nationalités, les mêmes droits, ce qui n'est réalisable que dans les États fondés sur le principe des nationalités. Toute nation bien caractérisée possède donc le droit à l'existence et à la liberté, sous la réserve d'un droit semblable inhérent aux autres nations. Voilà le principe sacré et immémorial qui a été répété plus d'une fois par toute société d'hommes éclairés et polis ».

§ III. — *La forme moderne de l'esclavage.*

Ces idées ne sont pas de simples affirmations des publiscistes dépourvus d'autorité, au contraire, ils ont reçu une consécration formelle par les diplomates et représentants de toutes les grandes nations. Plusieurs pays nous montrent que des siècles de servitude n'ont pas brisé l'énergie des nations qui ne veulent pas mourir. Ce principe réclame que la suppression de l'es-

clavage individuel doit être suivie de l'abolition d'un esclavage non moins barbare, celui des nationalités. L'épanouissement libre de la vie nationale, conscient et organisé formera des freins de plus en plus solides aux ambitions folles et désormais criminelles de dominer le monde.

### § IV. — *L'impérialisme.*

Cette idée ne plait pas à ceux qui sont malades d'impérialisme. Pour eux la nationalité est bien une chose réelle et respectable, mais il n'appartient pas aux peuples eux-mêmes de l'affirmer et de la déterminer. Le jugement que porte un peuple sur sa propre individualité est une donnée purement subjective. Or les esprits hautement cultivés n'admettent que des données objectives. D'après eux ce n'est pas le sentiment et le vœu des populations qu'il faut consulter c'est, uniquement, l'opinion des hommes compétents, des érudits, des professeurs d'archéologie, d'histoire, de philologie ou de psychologie des peuples.

### § V. — *Théorie de la culture.*

Une seconde doctrine qu'on oppose au principe des nationalités c'est celle de la culture comme fondement et mesure de droit. La première tentative d'exposition scientifique de cette doctrine est due à un Français, le comte de Gobineau. Cette théorie avait été implantée en Allemagne et dès lors est devenue la théorie nationale du pays. On la trouve reflétée dans leurs chansons même celle qui est reconnue officiellement, comme la chanson nationale du pays « Deutschland uber alles ». La kulture comme l'indique

M. le Fur n'est d'ailleurs aucunement la civilisation au sens latin du mot : le développement de l'individu au triple point de vue physique, intellectuel et moral, accompagné d'un progrès continu et harmonieux dans le domaine artistique, scientifique et industriel. Non, la culture c'est une doctrine d'organisation à outrance, un régime d'éducation ou mieux de dressage « cull » où l'homme devient un instrument passif aux mains de la collectivité, c'est-à-dire de l'État tout puissant ».

### § VI. — *Degrés de culture du Vollkulturvolker.*

Devant la culture, les nations sont très inégales Il y a d'une manière générale, les Kulturvolker et les Naturvolker, les peuples de culture et les peuples à l'état de nature. Or les premiers seuls ont des droits, tandis que les seconds n'en ont pas. Et parmi les peuples de culture, il y a ceux qui possèdent la culture pure et simple, et ceux qui possèdent la culture dans sa plénitude : die vollkulturvolker. Il est clair qu'en face des droits de ces derniers, les droits des premiers ont fort peu de valeur. Tout ce que les simples Kulturvolker peuvent accomplir de passable se trouve réalisé, d'une manière infiniment supérieure dans le peuple de culture totale. Et ainsi, le droit des peuples dont l'avancement « cultural » n'est que médiocre consiste, en dernière analyse, dans le devoir d'accepter avec docilité et reconnaissance la domination du peuple culturellement supérieur.

### § VII. — *Critique de la doctrine. : il y a une loi morale qui est supérieure à la nature humaine et qui réprime ses instincts animaux*

Cette manière de voir est intimement liée à l'idée qu'un État n'a le droit d'exister qu'autant qu'il peut avoir la force nécessaire pour créer ce droit, doctrine de régression. C'est l'application brutale de la loi de sélecrion.

Comme l'a bien montré M. le Fur la doctrine de culture est basée sur une erreur scientifique. Ainsi, il dit (1) : « Comment une doctrine fondée sur la notion de supériorité de race peut-elle mener directement à une régression sociale ? Précisément à raison de ce fait que, ne voulant voir en l'homme que les caractère physiques, elle néglige ou nie ce qui le distingue de l'animal, c'est-à-dire justement ce qui le fait homme. La concurrence vitale, le struggle for life, peuvent être les lois naturelles du monde animal, mais précisément, en l'homme, il y a autre chose que l'animal, il obéit à une autre loi que celle de la force, aboutissement fatal de la lutte pour la vie. Se refuser à reconnaitre l'existence de cette loi morale supérieure à la volonté de l'homme, gouvernants compris, c'est bien une régression morale, au double point de vue historique et philosophique.

---

(1) V. Le Fur, Race, Nationalité, Etat, p. 40.

§ VIII. — *La doctrine de culture est la résurrection de la thèse des sophistes grecs.*

Historiquement, c'est regresser au-delà du paganisme antique, dont les grands hommes, un Socrate, un Platon, un Cicéron ou un Sénèque, n'hésitent pas à admettre une loi morale dominant les lois civiles ; c'est en revenir à la vieille doctrine des sophistes grecs, pour qui l'intérêt joint à la force constituait le droit, doctrine avec laquelle les théories allemandes présentent une ressemblance frappante, d'abord par la négation de toute notion de morale et de justice, et ensuite une négation ne suffisant pas comme programme de vie, par l'affirmation de la toute-puissance de l'État, sa divinisation même puisqu'on en fait le seul Absolu-réel, la théorie de la race n'ayant pour but que de justifier la prédominance d'un État sur tous les autres.

§ IX. — *Doctrine des sélectionnistes.*

Philosophiquement, la régression n'est pas moindre. En dépouillant l'homme de son caractère moral, elle le décourage, elle ruine les bases essentielles de la civilisation. D'après les adeptes du système des races, nous l'avons vu, le principe de la lutte pour la vie et celui de la sélection qui en est la conséquence ont révolutionné la biologie et la philosophie naturelle, ils ont transformé la science politique en permettant de saisir les lois de la vie et de la mort des nations. Un coup d'œil jeté sur les progrès à réaliser au gré de ces auteurs nous montre en quel sens ces progrès s'accompliraient, et s'il est possible de concevoir une plus

complète régression à la vie animale. L'exposé très clair dans lequel Vacher de Lapouge condense les théories des sélectionnistes contemporains, notamment des Allemands, Ammon et Nietzsche, qu'il approuve complètement, permet de s'en rendre un compte exact. Il nous semble que l'analogie faite par un écrivain célèbre, Émile Boutroux entre les droits de l'individu et ceux de l'État est très exact. Il dit: « En tant que les nations sont, elles aussi, des personnes, elles possèdent tous les attributs qui découlent de la personnalité.

Qu'une nation puisse être une véritable personne, c'est ce que, démontrent, de plus en plus clairement, l'histoire et la psychologie. La seule question, dans la pratique, est de savoir si telle nation donnée remplit, en fait, les conditions de la personnalité. Cette question ne saurait se résoudre par des considérations purement quantitatives, comme un problème de physique ».

### § X. — *Doctrine de la frontière naturelle.*

A côté de la doctrine de la nationalité et de celle de la Kultur, il y a la doctrine de frontière naturelle, l'objet de cette théorie est de faire agrandir un État et de pousser ses limites jusqu'à une barrière naturelle, de montagnes, ou de fleuves et de lui fournir tous les moyens de sécurité, même chimériques, en sacrifiant les autres nationalités.

### § XI. — *L'impérialisme économique : système d'assimilation.*

Une autre théorie toute voisine dans ces résultats est celle de l'impérialisme économique, professée de

tout temps depuis les mercantilistes : elle aboutit à ne considérer les nations pauvres sans industrie que comme des débouchés obligatoires, aux produits des grandes nations industrielles. Elle aboutit pour les colonies au système dit d'assimilation, elles sont censées être englobées dans le même système douanier que la métropole, et le résultat est, qu'elles ne peuvent s'approvisionner que là, d'où une grande gêne commerciale et un renchérissement de la vie.

### § XII. — *Conclusion.*

Nous croyons que l'humanité a tellement souffert de l'injustice que la politique internationale témoigne pour la doctrine de la nationalité, qu'il faut une intervention active, même de la part de l'initiative privée pour détruire cette tendance. Ce n'est pas ici que nous devons expliquer comment les nations opprimées, et comment la vie dans ces pays devient tellement insupportable que le peuple affolé par l'amour de la liberté se précipite tôt ou tard dans une grande insurrection pour être délivrée d'un joug odieux.

Il est souhaitable que la doctrine de la nationalité qui a eu pour résultat de libérer l'Italie, la Roumanie, la Pologne, la Norvège, etc.. reçoive l'accueil chaleureux de tous les diplomates et juristes. Ceux-ci feront un acte d'humanité et de justice en accordant leurs bons offices au service de la liberté. Il est d'ailleurs ridicule de constater une injustice individuelle et de fermer les yeux sur une nation enchaînée dans la servitude.

L'indépendance est, pour la nation, ce qui est la vie pour l'individu : une nation ne peut pas contribuer

au progrès de l'humanité sans avoir obtenu sa liberté, et les États puissants en faisant peser leur force sur les États plus faibles, sont en contradiction avec le progrès des idées et en réaction contre lui.

Nous faisons appel, en terminant cette étude, à tous ceux qui se soucient du progrès et du bien-être du genre humain tout entier, et nous sommes certains qu'ils accueilleront la belle et généreuse doctrine de Mancini et l'appuieront de tous leurs efforts.

Vu :
*Le Doyen de la Faculté de droit,*
M. DESLANDRES.

*Le Président de la Thèse,*
G. SCELLE

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Dijon, le 1er Janvier 1923.
*Le Recteur de l'Académie de Dijon,*
Th, ROSSET,

# TABLE DES MATIÈRES


AVANT-PROPOS ..... 9
SECTION A. — Territoire ..... 12
SECTION B. — Population ..... 15
SECTION C. — Organisme gouvernemental ..... 19
*Souveraineté musulmane* ..... 21
*Théorie catholique de la souveraineté nationale* ..... 25
SECTION D. — Plan du travail ..... 28


## LIVRE PREMIER

### Systèmes continentaux


CHAPITRE I. — Analyse de la nature du conflit des lois ..... 34
CHAPITRE II. — Doctrine de Mancini ..... 42
SECTION A. — Analyse de la doctrine et étude de la première proposition ..... 43
SECTION B. — Etude de la deuxième proposition ..... 48
SECTION C. — Distinction entre la personnalité barbare et la personnalité moderne ..... 56
CHAPITRE III. — Locus regit actum ..... 60
SECTION A. — Introduction ..... 62
SECTION B. — Etendue de l'application de la règle ... 67
SECTION C. — Tempéraments à l'application de la règle ..... 69
SECTION D. — Caractère obligatoire ou facultatif de la règle ..... 78
CHAPITRE IV. — L'autonomie de la volonté ..... 89
SECTION A. — Introduction ..... 91

Section B. — Système des présomptions « juris tantum » ..... 96
CHAPITRE V. — Notion de l'ordre public international ..... 104
Section A. — Analyse de la notion de l'ordre public international ..... 105
Section B. — Critique de l'ordre public international ..... 108
CHAPITRE VI. — La nouvelle doctrine statutaire ... 111
Section A. — Les critiques de la doctrine italienne par M. de Vareilles-Sommières ..... 111
Section B. — La doctrine propre de M. de Vareilles-Sommières ..... 121
Section C. — Réponses aux critiques de M. de Vareilles-Sommières ..... 128
Section D. — Critique de la doctrine propre de M. de Vareilles-Sommières ..... 132
CHAPITRE VII. — Système du but social des lois 138
Section A. — Introduction ..... 138
Section B. — Les critiques faites par M. Pillet à la théorie de Mancini et ses réfutations ..... 140
Section C. — Le système de M. Pillet. ..... 144
Section D. — Critiques de la doctrine de M. Pillet 157
CHAPITRE VIII. — Rôle de la loi de domicile dans les systèmes continentaux..... 164

## LIVRE II

### La doctrine anglo-américaine du domicile

Section A. — Analyse et exposé de la théorie du domicile..... 175
Section B. — Les arguments en faveur de la théorie du domicile ..... 190
Section C. — Critique de la théorie du domicile.... 194

## LIVRE III

### Les conflits des lois en Egypte

Section A. — Conflits mixtes ..... 209
Section B. — Conflits internes ou purement nationaux ..... 238
Section C. — Conclusion ..... 256

## LIVRE IV

### La doctrine des nationalités

Section A. — La doctrine des nationalités comme base de la politique internationale ..... 257